

Hanspeter Vogel

Zivilrechtliche Folgen
eines Verstoßes gegen das Verbot
der Preisdiskriminierung
und des unlauteren Wettbewerbs

1967

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555402_0038

Zivilrechtliche Folgen
eines Verstoßes gegen das Verbot der
Preisdiskriminierung und des unlauteren Wettbewerbs

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-
Universität zu Münster

vorgelegt von

H a n s p e t e r V o g e l

aus

Dortmund

1968



Erster Berichterstatter:	Prof.Dr.Fikentscher
Zweiter Berichterstatter:	Prof.Dr.Mestmäcker
Dekan:	Prof.Dr.Mülhaupt
Tag der mündlichen Prüfung:	25. Juli 1967

I N H A L T

=====

ABKÜRZUNGEN

LITERATUR

1. K A P I T E L

=====

Vereinbarkeit zivilrechtlicher Folgen

mit dem Gemeinschaftsrecht

1

1. Abschnitt: Keine Normierung zivilrechtlicher Folgen im Verträge mit Ausnahme des Art.65 § 4 Abs.1

1

1) Art.60 als Bestandteil der Wettbewerbs-
ordnung der EGKS

1

2) System von Geboten und Verboten in der
Wettbewerbsordnung

3

3) Sicherung des Systems durch Androhung
öffentlich-rechtlicher Sanktionen

3

4) Bedeutung der Ausnahme des Art. 65 § 4

4

2. Abschnitt: Die öffentlich-rechtliche Natur des EGKS-Vertrages

6

1) Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschafts-
verwaltungsrecht als Kern des EGKS-
Vertrages

6

2) Die politischen und wirtschaftspoliti-
schen Zielsetzungen

8

3) Der EGKS-Vertrag als völkerrechtliches
Abkommen

10

3. Abschnitt: Ausschluß zivilrechtlicher Rechtsfolgen durch erschöpfende Regelung im EGKS-Vertrag?

10

1) Die Auffassung des BGH

11

2) Kritik an der Auffassung des BGH

13

a. Keine erschöpfende Regelung durch
Schweigen des Vertrages

b. Mangelnde Rechtseinheit als notwen-
dige Folge der Teilintegration

16

2. K A P I T E L

=====

Vereinbarkeit zivilrechtlicher Folgen
mit dem Wesen des Diskriminierungsver-
bots und dem Verbot des unlauteren
Wettbewerbs

19

1. Abschnitt: Definition des unlauteren Wett-
bewerbs und der verbotenen Dis-
kriminierung

20

- 1) Der unlautere Wettbewerb i.S.d. Art.
60 § 1 20
- 2) Die verbotene Diskriminierung i.S.d.
Art. 60 § 1 23
 - a. Keine einheitliche Definition der
verbotenen Diskriminierung in der
Literatur 23
 - b. Der für die Untersuchung zugrunde
gelegte Begriff 24
- 3) Notwendigkeit der Trennung beider
Verbote 28

2. Abschnitt: Schutzzweck des Verbots des
unlauteren Wettbewerbs und der
Preisdiskriminierung

29

- 1) Die dem Verbot zugrunde liegende Wirt-
schaftsordnung 30
- 2) Bedeutung des Gleichheitssatzes 35
- 3) Bedeutung des Wettbewerbs 37
- 4) Einordnung der beiden Verbote in die
Wirtschaftsordnung der EGKS 39
 - a. Verbot der Preisdiskriminierung 39
 - b. Verbot des unlauteren Wettbewerbs 46
- 5) Der Schutz einzelner 51
 - a. durch das Verbot unlauteren Wett-
bewerbs 52
 - aa. der Mitbewerber 52
 - bb. der Kunden 53

<u>b.</u> durch das Verbot der Preisdiskriminierung	54
<u>aa.</u> der Kunden	54
<u>bb.</u> der Mitbewerber	58

3. K A P I T E L

=====

<u>Rückgriff auf nationales Recht zur Ab-</u> <u>leitung ziviler Rechtsfolgen</u>	61
<u>1. Abschnitt: Vorbemerkung</u>	61
<u>2. Abschnitt: Überblick über das relevante</u> <u>Recht der Mitgliedstaaten</u>	64
1) Die allgemeinen Haftungsnormen des Deliktrechts	64
2) Die Gesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb und die Haftung für unlautere Wettbewerbshandlungen	67
3) Die nationale Kartellgesetzgebung und die Haftung für Verstöße	70
4) Vergleichende Auswertung der Erkennt- nisse	74
<u>3. Abschnitt: Die deutschen Gesetze und Ein-</u> <u>zelbestimmungen, aus denen zi-</u> <u>vile Rechtsfolgen zu entnehmen</u> <u>wären</u>	77
1) § 134 BGB	77
2) § 1 UWG	78
3) § 35 GWB	80
4) § 823 Abs.2, § 1004 BGB	82
<u>4. Abschnitt: Übertragung der Rechtsgedanken</u> <u>aus dem nationalen Recht auf</u> <u>das Gemeinschaftsrecht</u>	84

4. K A P I T E L

=====

<u>Die einzelnen zivilen Rechtsfolgen</u>	
<u>1. Abschnitt: Die Rechtsfolgen der verbotenen</u> <u>Praktiken unlauteren Wettbewerbs</u>	88

1) Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäfts?	88
2) Anspruch auf Schadensersatz, Unterlassung und Beseitigung	92
<u>a.</u> Ansprüche nach § 1 UWG	92
<u>b.</u> Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB	94
<u>c.</u> Ansprüche nach §§ 823 Abs.1, 826 BGB	115
<u>2. Abschnitt: Die Rechtsfolgen der verbotenen</u>	
<u>Preisdiskriminierung</u>	119
1) Nichtigkeit des diskriminierenden Rechtsgeschäfts?	119
2) Kontrahierungszwang für das diskriminierende Unternehmen?	120
3) Ansprüche auf Schadensersatz und Unterlassung	124
<u>a.</u> 4 Fallgruppen	125
<u>b.</u> Anwendbarkeit des § 1 UWG?	129
<u>c.</u> Anwendbarkeit des § 35 GWB?	130
<u>d.</u> § 823 Abs.2 BGB als Anspruchsnorm	133
<u>e.</u> Ansprüche nach §§ 823 Abs.1, 826 BGB	164
<u>3. Abschnitt: Gemeinsame Grundsätze und Bestimmungen</u>	165
1) Die Rechtswidrigkeit der Verbotsverletzung	165
<u>a.</u> Das Notwehrrecht	166
<u>b.</u> Die Einwilligung des Verletzten	168
2) Das Mitverschulden des Geschädigten	171
3) Das Auskunftsrecht des Geschädigten	174
4) Der Ersatzverpflichtete	175
5) Verjährung	179

5. K A P I T E L

=====

<u>Internationalprivatrechtliche Überlegungen</u>	179
---	-----

<u>Ergebnis und Ausblick</u>	183
------------------------------	-----

ABKÜRZUNGEN

=====

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Luxemburg, nach Jahrg.
abl.	ablehnend
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis, Zeitschrift, nach Bänden
AO	Actes Officiels, s. Literaturverzeichnis
ArchVR	Archiv des Völkerrechts, Zeitschrift, nach Bänden
Art., art.	Artikel, article
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, Zeitschrift, nach Jahrg.
BB	Der Betriebs-Berater, Zeitschrift, nach Jahrg.
Bd.	Band
Betrieb	Der Betrieb, Zeitschrift, nach Jahrg.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BW	Burgerlijk Wetboek
cc	code civil, codice civile
CECA	Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier
DÖV	Die öffentliche Verwaltung, Zeitschrift, nach Jahrg.
Droit Social	Droit Social, Zeitschrift, Paris, nach Jahrg.
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt, Zeitschrift, nach Jahrg.
EGKS, EGKSV	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Vertrag über die Gründung der EGKS

Entsch.	Entscheidung
EURATOM, EURATOMV	Europäische Atomgemeinschaft, Vertrag zur Gründung der EURATOM
EWG, EWGV	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Vertrag zur Gründung der EWG
FRANKF.KOMM.	Frankfurter Kommentar, s. Literaturverzeichnis
Fußn.	Fußnote
GEM.KOM.	Gemeinschaftskommentar, s. Literaturverzeichnis
GH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift, nach Jahrg.
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27.7.1957 (BGBl. I S.1081)
HB	Hohe Behörde der EGKS
HdB. d. MU	Handbuch der Montanunion
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des (der)
i.V.m.	in Verbindung mit
Jahrb.	Jahrbuch
Jahrg.	Jahrgang
JZ	Juristenzeitung, Zeitschrift, nach Jahrg.
Komm.	Kommentar
MU, MUV, MV	Montanunion, Montanunionsvertrag, Montanvertrag; Zitierweise älterer Literatur, s. EGKS
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift, nach Jahrg.
RabZ	"Rabel's Zeitschrift", Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, nach Jahrg.
Rdnr.(n).	Randnummer(n)
RG	Reichsgericht
Rs	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung Rechtsprechung des GH, zit. nach Bänden der amtlichen Sammlung in deutscher Sprache

SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung, Zeitschrift, nach Jahrg.
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7.6.1909 (RGBl.S.499)
verb. Rs	Verbundene Rechtssache
VO	Verordnung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Zeitschrift, nach Jahrg.
WuWE	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung
ZaÖRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, nach Bänden
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, nach Bänden
zit.	zitiert
zust.	zustimmend

LITERATUR

=====

- ACTES OFFICIELS .Centre Italien d'Etudes Juri-
diques, Actes Officiels du
Congrès International d'études
sur la CECA à Stresa 1957,
VI Bde, Milano 1958
zitiert: Verfasser, A.O, Band,
Seite
- AGO Die internationalen Organisati-
Roberto onen und ihre Funktionen im
inneren Tätigkeitsgebiet der
Staaten,
Festschrift für Hans Wehberg,
Frankfurt 1956, S.20 ff.
- BALLERSTEDT Übernationale und nationale
Kurt Marktordnung, Tübingen 1955
Wirtschaftsverfassungsrecht,
in Die Grundrechte, herausg.von
BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER,
Bd.III 1.HBd., Berlin 1958
Statsverfassung und Wirtschafts-
freiheit, DÖV 1951, 159 ff.
Kartellverbot und Einzelvertrag,
JZ 1956, 267 ff.
- BÄR Kartellrecht und internationales
Rolf Privatrecht, Karlsruhe 1965
- BAUDOUIN-BUGNET Das klassische Wettbewerbsrecht
in Frankreich, Eine rechtsver-
gleichende Studie, WuW 1953,
351 ff.
- BAUMBACH-HEFERMEHL Wettbewerbs- und Warenzeichen-
recht, einschl. GWB, Kurzkom-
mentar, 8.Aufl., München-Berlin
1960
Wettbewerbs- und Warenzeichen-
recht, Bd.I Wettbewerbsrecht,
9. Aufl., München - Berlin 1964.
- BAYER Das Privatrecht der Montanunion,
Wilhelm F. RabZ 1952, 325 ff.
- BECKER Der Einfluß des französischen
Peter Verwaltungsrechts auf den Rechts-
schutz in den europäischen Ge-
meinschaften, Hamburg 1963
- BENISCH Kartellrecht und Schutz der indi-
Walter viduellen Freiheit, WuW 1961,
764 ff.

- BIEDENKOPF
Kurt
- CALLMANN -
DERINGER
FREIHEITLICHE ORDNUNG DURCH KARTELLVERBOT, in Aktuelle Grundsatzzfragen des Kartellrechts, 1957
- BINDSCHEDLER
Rudolf
Rechtsfragen der europäischen Einigung, Basel 1954
- BINSWANGER
Hans-Christoph
Die europäische Wirtschaftsintegration durch partielle Union mit besonderer Berücksichtigung der Kohle- und Stahlindustrie, Winterthur 1957.
- BÖHM
Franz
Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Recht und Staat Nr. 153/154, Tübingen 1950
Demokratie und ökonomische Macht, Kartelle und Monopole im modernen Recht Bd.I 1961, S. 3 ff.
- BORCHARDT
Knut - FIKENTSCHER -
Wolfgang
Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957
- COING
Interesseberechnung und unmittelbarer Schaden, SJZ 1950, 865 ff.
- CONSTANTINESCO
Actes Officiels II, S.218 ff.
- CURTI
Eugen
Das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Zürich 1955
- CZAPSKI
Die Entwicklung der Kartellgesetzgebung in den Niederlanden, WuW 1956, 290 ff.
Unverbindlichkeitserklärungen einer Wettbewerbsregelung in den Niederlanden, WuW 1958, 298 ff.
- DAIG
Hans-Wolfram
Die Rechtsprechung des Gerichtshofes in den Jahren 1956/57, JZ 1958, 238
- DEHOUSSE
Fernand
Bericht im Namen des Rechtsausschusses über den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten, Europäisches Parlament Sitzungsdokumente 1965-1966, Dokument 43, 25. Mai 1965
- DEMARIA
Giovanni
Le système des prix et de la concurrence dans le marché commun, Actes Officiels VI

DERINGER

Arved

Zum Diskriminierungsverbot der MU, rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der ersten Urteile des GH, WuW 1955, 141 ff.

Monnet-Rabatt unzulässig, Die ersten Urteile des GH der MU, BB 1955, 78 f.

Zum Wettbewerbsrecht der MU, BB 1955, 113 ff.

Anm. zum "Geitling"-Urteil des GH v. 20.3.1957 RS 2/56, WuW 1957, 594

Fünf Jahre Wettbewerb im Gemeinsamen Markt für Kohle und Stahl, WuW 1958, 614 ff,

Das Wettbewerbsrecht der EWG, Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln (Art. 85-94) nebst Durchführungsvorschriften und Richtlinien, Düsseldorf, seit November 1962 Loseblattausgabe der Zeitschrift WuW.

DROSTE

Helmut

Abwehr im Wettbewerbsrecht, WuW 1954, 507 ff.

DRUCKSACHE

Nr. 2401 Bundestag 1. Wahlperiode 1949, Anlage 3, Begründung des Vertragswerkes

Nr. 1158 Bundestag 2. Wahlperiode 1953, Amtliche Begründung des Entwurfs des GWB

DUCHINI

Franca

Kartell- und Wettbewerbsrecht in Italien (1953/54), WuW 1955, 556 ff.

DURAND

Charles

L'interdiction des majorations discriminatoires des prix et le commerce de la distribution, Dalloz-Chronique 1955, 1 ff.

EGKS

Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl 1952 - 1962, Luxemburg 1963, sog. WAGENFUHR-BERICHT

Hohe Behörde, 13. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft, Luxemburg 1965

EHLE

Dietrich

Anm. zu dem Urteil des GH v. 5.2.1963 Rs 26/62, NJW 1963, 974

Zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, MDR 1964, 9 ff.

- ENNECCERUS-LEHMANN Recht der Schuldverhältnisse,
Ein Lehrbuch, 15. Bearb., Tübingen 1958
- ERB - ROGGE
Gottfried Peter Preispolitik im teilintegrierten Markt, Basel - Tübingen 1958
- ERICHSEN
Harald Die Rechtsgrundlage des Einwands der Abwehr im Wettbewerb und die Grenzen seiner Anwendbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der höchststrichterlichen Rechtsprechung,
GRUR 1958,425 ff.
- ERMAN Handkommentar zum BGB, 3. Aufl., Münster 1962
- ESSER
Josef Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Ein Lehrbuch, 2.Aufl., Karlsruhe 1960
- EUCKEN
Walter Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6.Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1950
Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern - Tübingen 1952
- EUROPÄISCHE
RECHTSPRECHUNG Nachschlage- und Sammelwerk der Rechtsprechung zu den Verträgen über die Gründung der europäischen Gemeinschaften 1964, bearb. von H.J.EVERSEN und H.SPERL, Kölner Schriften zum Europarecht, Köln - Berlin - Bonn - München 1965
- EUROPÄISCHE
WIRTSCHAFTSGEMEINSCHAFT, DIE Kommentar zum Vertrag von Ernst WOHLFAHRT, Ulrich EVERLING, Hans-Joachim GLAESNER, Rudolf SPRUNG, Berlin - Frankfurt 1960
- EYSINGA van
W.J.M. Supranational, Festschrift für Hans Wehberg, Frankfurt 1956, S.130 ff.
- FIKENTSCHER
Wolfgang S. auch BORCHARDT
Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln Bd.7, München - Berlin 1958;
zitiert: Wettbew. Rsch., Seite
Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, 2.Aufl., Heidelberg 1964
Horizontale Wettbewerbsbeschränkung und Verträge mit Dritten, BB 1956,793

- Zum Recht der Diskriminierung
im GWB, WuW 1958, 257 ff.
- Aus der Rechtsprechung zur
wettbewerbsrechtlichen Diskri-
minierung, Betrieb 1960, 227 ff.
- Neuere Entwicklung der Theorie
zum Tatbestandsmerkmal der Wett-
bewerbsbeschränkung § 1 GWB, WuW
1961, 788 ff.
- Das Schuldrecht, Berlin 1965
- FISCHER
Hans Albrecht Die Rechtswidrigkeit mit besonde-
rer Berücksichtigung des Privat-
rechts, München 1911
- FLUME Verbotene Preisabsprachen und
Einzelvertrag, WuW 1956, 457 ff.
- FOURRÉ - WENNER Der EWG-Vertrag in der Gerichts-
praxis (Art. 37 und 177), AWD
1965, 149 ff.
- FRANKFURTER
KOMMENTAR Kommentar zum GWB, von H. KAUFMANN,
H. G. RAUTMANN, H. v. HAHN, D. HOFF-
MANN, M. KREIFELS, M. FRÜHAUF,
J. LEHMANN, Loseblattausgabe
Köln 1958
- FREY
Arthur Die Montanunion in der Sicht der
Theorien der Wirtschaftssysteme
und der Marktformen, Winterthur
1959
- FUCHS
Dieter Kartellverbot und Einzelvertrag,
FIW-Schriftenreihe Heft 11,
Köln - Berlin - Bonn - München
1963
- FÜß
Hans-Werner Zur Rechtsstaatlichkeit der Euro-
päischen Gemeinschaften, DÖV
1964, 577 ff.
- GALL von
Otto-Friedrich Frhr. Das Kartellrecht im EWG-Bereich,
Kartellrundschau Heft 3, Köln -
Berlin - Bonn - München 1961
- GEMEINSCHAFTS-KOMMEN-
TAR GWB und Europäisches Kartellrecht,
her. v. MÜLLER-HENNEBERG-SCHWARTZ,
2. Aufl. Köln - Berlin - Bonn -
München 1963
- GENTZ
Günther Das Diskriminierungsverbot in
§ 26 Abs. 2 GWB und § 9 KartVO,
WuW 1961, 587 ff.
- GESAMTBERICHT s. EGKS
- GIESEKE
Paul Recht am Unternehmen und Schutz
des Unternehmens, GRUR 1950, 298 ff.

- GOES VAN NATERS
M. van der La révision des Traités supra-
nationaux, in *Varia Juris*
Gentium, Questions de droit
international, Leiden 1959,
S. 120 ff.
- GÖTZ
Hans-Horbert Liefersperren und Kontrahierungs-
zwang in Frankreich, *WuW* 1958, 295
- GÖTZ
Volkmar Europäisches Gemeinschaftsrecht
und deutsches Recht, Die Getrei-
demarktorganisation als Beispiel,
JZ 1963, 265 ff.
- GRASSETTI Actes Officiels IV, S.11 ff.,
80 ff.
- GRAVENSTEIN
Viky Maßnahmen der französischen Re-
gierung gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, *WuW* 1953, 616 ff.
- GRIESBACH
Bernhard Die Montanunion, Eine ordnungs-
politische Betrachtung,
Dissertation Berlin 1960
Die Wettbewerbspolitik der HB
der Montanunion, *WuW* 1965, 3 ff.
- GÜNTHER
Eberhard Zwangskartellierung und Miß-
brauchsgesetzgebung, Belgische
Kartellpolitik, *WuW* 1955, 242 ff.
Die Regelung des Wettbewerbs
im Vertrag zur Gründung der EWG,
WuW 1957, 275 ff.
- HAAS
Dieter Freie Entfaltung der Persönlich-
keit *DÖV* 1954, 70 ff.
- HACKENBRACHT
Kurt Lutz Preisdiskriminierung und Wirt-
schaftsverfassung, Section 2
Clayton Act und Art. 60 MUV als
Beispiel, Dissertation Bonn 1964
- HALLSTEIN
Walter Der Schuman-Plan, Frankfurter
Universitätsreden, Heft 5,
Frankfurt 1951
zitiert: HALLSTEIN, Ansprache,
Seite
Probleme des Schuman-Plans, Eine
Diskussion zwischen W. HALLSTEIN,
Andreas FREDÖHL und Fritz BAADE,
Kieler Vorträge, gehalten im
Institut für Weltwirtschaft an
der Universität Kiel, Neue Fol-
ge 2, Kiel 1951
- HAMANN Individualrechte nach dem EWGV,
zugleich eine Stellungnahme zu

- dem Urteil des GH v. 5.2.1963,
Betrieb 1963,683 ff.
- HAUBMANN
Frederick
Der Schuman-Plan im europäischen
Zwielicht, München - Berlin 1952
- HEFERMEHL
Wolfgang
Der Anwendungsbereich des Wettbe-
werbsrechts. Festschrift für
H.C. Nipperdey, 1955, s.283 ff.
s. auch BAUMBACH-HEFERMEHL
- HELDRICH
Andreas
Die allgemeinen Rechtsgrundsätze
der außervertraglichen Schaden-
haftung im Bereich der EWG,
Frankfurt 1961
- HOCHBAUM
Monika
Das Diskriminierungsverbot und
das Subventionsverbot in der
EGKS und der EWG, Bd.13 der
Schriftenreihe zum Handbuch für
europäische Wirtschaft, 1962
- HOMAN
Luithorst
Die Bedeutung der Wettbewerbs-
regeln in der Wirtschaftspoli-
tik der EGKS, WuW 1965,901 ff.
- HUBER
Ernst Rudolf
Wirtschaftsverwaltungsrecht,
2. Aufl., Tübingen 1953/54
Der Streit um das Wirtschafts-
verfassungsrecht, DÖV 1956,
97 ff, 135 ff, 200 ff.
- HUECK
Götz
Der Grundsatz der gleichmäßigen
Behandlung im Privatrecht, 1958
- IPSEN
Hans-Peter
Das Aktionsprogramm der EWG für
die Zweite Stufe, NJW 1963,1713
ff. Haager Kongreß für Europa-
recht, NJW 1964,339
- ISAY
Hermann
Montanunion und Exportkartelle,
WuW 1953,577 ff.
- ISAY - METTETAL
René
Internationales Wettbewerbs-
recht, Bd.I Europa, Zürich -
Leipzig 1937
zitiert: ISAY-METTETAL,Verf.des
btr.Rechtsgebietes,S.
- JAENICKE
Die Sicherung des übernationa-
len Charakters der Organe inter-
nationaler Organisationen, ZaöRV
14,46 ff.
Die EGKS, Struktur und Funkti-
onen ihrer Organe, ZaöRV 14,
727 ff.
Das Verhältnis zwischen Gemein-
schaftsrecht und nationalem
Recht in der Agrarmarktor-
dnung der EWG, ZaöRV 1963,485 ff.

JERUSALEM Andreas	Das Diskriminierungsverbot in der Marktordnung des Montanvertrages, Düsseldorf 1961
JERUSALEM Franz W.	Das Recht der Montanunion, Berlin - Frankfurt 1954
JÜRGENSEN Harald	Die westeuropäische Montanindustrie und ihr Gemeinsamer Markt, Göttingen 1955
KAHRS Werner	Zivilrechtliche Ansprüche auf Grund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, Baden-Baden 1965
KAMARINEAS Ponajotis P.	Die Auslegung und Anwendung des Art.60 des MUV durch die HB und den GH, Marburg 1961
KERN Peter	Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanunion, Berlin - Frankfurt 1955
KIESEWETTER Rolf	Das Wirtschaftsrecht des Schuman-Plans unter besonderer Berücksichtigung des Preisrechts, Hektografierte Veröffentlichung der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches Öffentliches Recht der Universität Hamburg Nr.17
KLEPS Karlheinz	Kartellpolitik und Energiewirtschaft in der Montanunion, Stuttgart 1961
KNEBEL J.H.	Europäische Wettbewerbsregeln für Unternehmen nach dem MUV und dem Wirtschaftsgemeinschaftsvertrag, Dissertation Köln 1958
KNÖPFLE Robert	Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, WuW 1962, 159 ff.
KOENIGS Folkmar	Das GWB und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 1958, 589 ff. Wechselwirkungen zwischen GWB und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041 ff.
KÖHLER Herbert W.	Diskriminierungsverbot und verbotene Diskriminierung im MUV, Betrieb 1957, Beilage Nr. 15/57
KÖHLER von	Das Diskriminierungsverbot im GWB und der Gleichheitssatz, BB 1959, 689 ff.

- KOPPENSTEINER
Hans Georg Die europäische Integration und das Souveränitätsproblem, Baden-Baden - Bonn 1963
- KRACHT
Friedrich Das Diskriminierungsverbot im GWB, NJW 1960, 1229
- KRAWIELICKI
Robert Das Monopolverbot im Schuman-Plan, Tübingen 1952
- KRONSTEIN
Heinrich Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln im Gesamtrahmen des Montanvertrages und des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kartelle und Monopole im modernen Recht Bd. I, Karlsruhe 1961, S. 111 ff.
- KUMMER
Max Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Grundsätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960
- LAGRANGE
Maurice Actes Officiels IV, S. 67 ff, 179 ff.
- LANG
Norbert Die Preisordnung in der Montangemeinschaft im Vergleich mit dem amerikanischen Antitrustrecht, Heft 6 der Studien zum europäischen Wirtschaftsrecht 1963
- LANGE
Hans-Jürgen Die Preislistentreue in Wettbewerbsregeln, WuW 1959, 730
- LANGEN
Eugen Marktbeherrschung und ihr Mißbrauch nach Art. 86 des EWGV, Heft 2 der Studien zum europäischen Wirtschaftsrecht 1959
- LARENZ
Karl Lehrbuch des Schuldrechts, 7. Aufl. München 1964/65
- LAUFKE
Franz Vertragsfreiheit im Grundgesetz, Festschrift für Heinrich Lehmann 1956, S. 145 ff.
- LEHMANN
Heinrich Begrenzung der Rechtswidrigkeit unter vergleichender Berücksichtigung des schweizer Rechts, Festschrift für J. W. Hedemann, Berlin 1958
- LEHNICH
Walter Die Wettbewerbsbeschränkung, Köln - Berlin 1956
- LEO
Hans-Christoph Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, 485 ff.

- LIETZMANN
H. Wettbewerbsregeln des MUV und
nationales Kartellrecht, WuW
1957, 642 ff.
- LUKES
Rudolf Der Kartellvertrag
München - Berlin 1959
- MANGOLD
Fritz Preislistenzwang und heimliche
Preisunterbietung, Disser-
tation Tübingen 1963
- MARMOL
Charley del Das belgische Gesetz gegen den
Mißbrauch wirtschaftlicher
Macht, WuW 1960, 629 ff.
- MATHIJSEN
Pierre Le Droit de la CECA, Une Etude
des Sources, La Haye 1958
- MATTHIES
Heinrich Das Recht der EGKS und die nati-
onalen Gerichte der Mitglied-
staaten, JZ 1954, 305 ff.
- MERTENS
Hans Wilhelm Eine Betrachtung zum Diskriminie-
rungsverbot, zu den Preislisten-
und Angleichungsvorschriften in
Art. 60 des MUV, Düsseldorf 1958
- MESTMÄCKER
Ernst-Joachim Offene Preise, Diskriminierungen
und Wettbewerbsbeschränkungen
in der MU, WuW 1955, 155 ff.
- Besprechung der Schrift von
Ballerstedt in JZ 1956, 613 ff.
- Diskriminierungen, Dirigismus
und Wettbewerb, WuW 1957, 12 ff,
92 ff.
- Das Verbot der Preisdiskriminie-
rung im Recht der EGKS, Kartelle
und Monopole im modernen Recht
Bd. I, Karlsruhe 1961, S. 309 ff.
- Über die normative Kraft privat-
rechtlicher Verträge, JZ 1964,
441 ff.
- MEYER-CORDING
Ulrich Die Grundbegriffe des Wettbe-
werbsrechts, WuW 1962, 461 ff.
- MOSLER
Hermann Der Vertrag über die EGKS, Ent-
stehung und Qualifizierung,
ZaöRV 14, 1 ff.
- Zur Auslegung der Grundsatzarti-
kel des MUV, ZaöRV 17, 407 ff.
- MUCH
Walter Die Amtshaftung im Recht der
EGKS, Frankfurt 1952
- MÜLLER
Rudolf Anwendbarkeit von § 134 im Kar-
tellrecht, JZ 1954, 720 ff.

MÜLLER -HENNEBERG-
SCHWARTZ

s. GEMEINSCHAFTSKOMMENTAR

MÜNCH
Fritz

Die Abgrenzung des Rechtsbereichs der supranationalen Gemeinschaft gegenüber dem innerstaatlichen Recht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht HEFT 2 1958, S. 73 ff.

NEUNER
Robert

Interesse und Vermögensschaden, AcP 133, 277 ff.

NICOLAYSEN
Gert

Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, NJW 1963, 1716 f; NJW 1964, 343 f.

NIPPERDEY
Hans-Carl

Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920

Rechtswidrigkeit und Schuld im Zivilrecht, Karlsruher Forum, Versicherungsrecht, Beiheft 1959, S. 3 ff.

OPHÜLS
Carl Friedrich

Juristische Grundgedanken des Schuman-Planes, NJW 1951, 289 ff.

Schuman-Plan, Ruhrabkommen und Besatzungsrecht, NJW 1952, 161 ff.

Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung, ZHR 124, 136 ff.

Über die Auslegung der europäischen Gemeinschaftsverträge, in Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur, Festgabe für A. Müller-Armack, Berlin 1961, S. 279 ff.

Anm. zum Urt. des GH v. 5.2.1963 Rs 26/62, NJW 1963, 1751

Deutsches Zustimmungsgesetz zum EWGV teilweise verfassungswidrig? AWD 1964, 65

PENDZIG
Wolfgang

"Markt" und "Wettbewerb", Zwei grundlegende Begriffe im GWB, Dissertation Hamburg 1964

PLAISANT - LASSIER

Die neuere kartellrechtliche Entwicklung in Frankreich, WuW 1960, 427 ff.

- PREDÖHL
Andreas Probleme des Schuman-Plans,
s. HALLSTEIN
- RAAPE
Leo Internationales Privatrecht,
5. Aufl., Berlin - Frankfurt
1961
- RAAY
Janssen van Een beslissing van het BGH over
EGKS-recht,
Nederlands Juristenblad 1960
(Nr.21), S.437 ff.
- RABE
Hans-Jürgen Europäisches Gemeinschaftsrecht,
Das Verhältnis des Rechts der
Europäischen Gemeinschaften
zum nationalen Recht, NJW 1964,
1608
- RAISER
Ludwig Der Gleichheitsgrundsatz im
Privatrecht, ZHR 111 (1948),
75 ff.
- Vertragsfreiheit heute, JZ 1958,
6 ff.
- Kontrahierungszwang im Monopol-
recht, Kartelle und Monopole im
modernen Recht Bd.II, 1961
- Rechtsschutz und Institutionen-
schutz im Privatrecht, in
Summum ius, summa iniuria,
Individualgerechtigkeit und der
Schutz allgemeiner Werte im
Rechtsleben, Tübingen 1963,
S.145
- Der Stand der Lehre vom subjek-
tiven Recht im deutschen Zivil-
recht, JZ 1961,465 ff.
- RASCH - WESTRICK
Harold Klaus Wettbewerbsbeschränkungen,
Kartell- und Monopolrecht, Kom-
mentar zum GWB und Erläuterun-
gen zum europäischen Kartell-
recht. 3. Neub. Aufl., Herne -
Berlin 1966
- RGRK
Das BGB, mit besonderer Berück-
sichtigung der Rspr. des RG und
des BGH, Kommentar, herausg.
von Reichsgerichtsräten und Bun-
desrichtern, 11.Aufl., Berlin
1959-1964
- REUTER
Paul La CECA, Paris 1953

- ROBLLOT
René
Les relations privées des entreprises assujettées à la CECA, Droit Social 1954, 562 ff.
- ROWE
Frederik M.
Price Discrimination under the Robinson - Patman - Act, Boston - Toronto 1962
- SCHLOCHAUER
Zur Frage der Rechtsnatur der EGKS, Festschrift für H. Wehberg, 1956, S.361 ff.
Europäische Fragen von völkerrechtlicher Bedeutung ArchVR 3 (1951/52) S. 185
Der übernationale Charakter der EGKS, JZ 1951, 289 ff.
Das Verhältnis des Rechts der EWG zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, ArchVR 11 (1963), 1 ff.
Die Anwendung von Wettbewerbsregeln der EWG, JZ 1963, 105 ff.
- SCHLOH
Bernhard
Eine Entscheidung des BGH über das Verhältnis von Recht der MU und deutschem Zivilrecht, Jahrb. für internationales Recht 9 (1960), 42 ff.
- SCHMIDT
Ingo
Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1963, 97 ff.
- SCHULTES
Werner
Preisdifferenzierung unter wettbewerbspolitischen Aspekt, FIW-Schriftenreihe Heft 14, Köln - Berlin - Bonn - München 1963
- SCHUMACHER
Hermann
Rechtliche Probleme bei der Anwendung des EWG-Kartellrechts durch nationale Behörden und Gerichte, AWD 1965, 405 ff.
- SCHWARTZ
Ivo E.
Deutsches Internationales Kartellrecht, Köln - Berlin - Bonn - München 1962
- SCHWEER
Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang, Dissertation Münster 1962
- SCHWEINS
Otto
Das Kartellverbot als Grundlage eines deliktischen Schadenersatzanspruchs bei Drittverträgen (§ 35 GWB) unter besonderer

- Bertücksichtigung der Schadensberechnung, Dissertation Münster 1965
- SCHWENK
Edmund H. Preisdiskriminierung im USA-Antitrustrecht, WuW 1954, 645 ff.
- SCOTT - DEITERS Ein neuer Anti-Monopol-Gesetzentwurf in Italien, WuW 1960, 112 ff.
- SENNEWALD
Helmut Kartelle und vertikale Wettbewerbsbeschränkung in Frankreich, Karlsruhe 1964
- SIEGERT Überbetonung des Schuldgedankens, NJW 1953, 527
- SIMSON von
Werner Anm. zum "Geitling"-Urteil des GH v. 20.3.1957 Rs 2/56, WuW 1957, 595 ff.
- SOERGEL - SIEBERT BGB, Kommentar, 9. Aufl., Stuttgart, 1959-1963
- SPENGLER
Albrecht Abgrenzungsfragen aus der Übergangszone zwischen Kartell- und Montanunionsrecht, WuW 1954, 753 ff.
- Zivilrechtliche Auswirkungen des Kartellgesetzes, WuW 1960, 410 ff.
- Der Diskriminierungstatbestand in der Rechtsprechung des BGH und des BKartA, WuW 1963, 3 ff.
- Erfolgshaftung oder Verschuldenshaftung, Wandel der Schadenserstattungsvoraussetzungen im gewerblichen Rechtsschutz, WuW 1957, 205
- STAUDINGER Staudinger's Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Berlin 1955-1964
- STEINDORFF
Ernst Besprechung der Schrift von Ballerstedt, DVBl. 1955, 578
- Der Begriff der Preisdiskriminierung im Recht der EGKS, RabZ 1956, 270 ff.
- Die Vertragsziele der EGKS als Rechtsvorschriften und Richtlinien, Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht Heft 2, 1958, 94 ff.
- zitiert: STEINDORFF, Berichte, Seite
- Montanfremde Unternehmen in der EGKS, JZ 1953, 719 ff.

Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften und das nationale Recht, Kartelle und Monopole im modernen Recht Bd. I, 1961, S. 157 ff.

Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes, Berlin 1965,
zitiert: STEINDORFF, Gleichheitssatz

Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, 1959

Gewinnentgang und Schadensberechnung des Verkäufers, JZ 1961, 12 ff.

Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158, 431 ff.

Sachnormen im Internationalen Privatrecht, Frankfurt 1958
zitiert: STEINDORFF, Sachnormen, Seite

STUYT
A.M.

Aspects téléologiques du Droit international, in Varia Iuris Gentium, 1959, S. 336 ff.

SUMMERER
Lothar

Rechtsform und wirtschaftliche Bedeutung des Verbots der Preisdiskriminierung, WuW 1955, 353 ff.

Lauterkeit des Wettbewerbs und Preisdiskriminierung in der Marktwirtschaft, WuW 1958, 30 ff.

Der kartell- und wettbewerbsrechtliche Tatbestand der ungleichen Behandlung von Kunden (Diskriminierung), Betrieb 1958, 476 ff, 508 ff.

TEITGEN
Pierre-Henri

Sur l'irrecevabilité de l'action civile dans la poursuite des infractions à la "législation économique", Droit Social 1960, 603 ff.

ULMER
Eugen

Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, Berlin 1932

Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Bd. I: Vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung, München -

- Köln 1965
zitiert: UIMER, UW I EWG, Seite
 Der Unternehmensbegriff im Vertrag der EGKS, Heidelberg 1960
- UIMER
 Peter
- VERDROß
 Alfred
- VISSCHER
 Charles de
- VISSCHER
 Paul de
- VITO
- WAGENFÜHR
 = WAGENFÜHR-BERICHT s. EGKS
- WENGLER
 Wilhelm
- WIRNER
 Helmut
- WOLANY
 Joseph
- ZIMMERMANN
 Erich
- ZWEIGERT
 Konrad
- Remarques sur l'interprétation dite textuelle des Traités internationaux, in Varia Iuris Gentium, 1959, S.383 ff.
- La CECA et les Etats Membres, Actes Officiels II, S.46 ff.
- Wettbewerb, Monopole und ihre Regulierung unter besonderer Berücksichtigung der Wirtschaftsstruktur Italiens, WuW 1952,307, 316 ff.
- Anm. zum Urt. des GH v. 5.2.1963 Rs. 26/62, NJW 1963, 1752.
 Die Gesetze über unlauteren Wettbewerb und das Internationale Privatrecht RabZ 1954,401 ff.
- Rechtsgleichheit und Vielheit der Rechte, Festschrift zum 100-jährigen Juristentag 1960, Bd.I S.239 ff.
- Wettbewerbsrecht und Internationales Privatrecht,
 München - Köln - Bonn - Berlin 1960
- Actes Officiels IV, S.229 ff.
- Die Preisdiskriminierung im Recht der EGKS, Frankfurt 1962
- Die Rechtsvergleichung im Dienst der europäischen Rechtsvereinheitlichung, RabZ 1951,387 ff.

1. K A P I T E L

=====

Vereinbarkeit zivilrechtlicher Folgen mit dem Gemeinschaftsrecht?

1. Abschnitt: Keine Normierung zivilrechtlicher Folgen im Verträge mit Ausnahme des Artikels 65 § 4 Abs.1

1) Artikel 60 als Bestandteil der Wettbewerbsord- nung der EGKS

Art. 60¹⁾ zählt zu den Vorschriften über die "Preise" des Kapitels V im 3. Titel des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951 (BGBl. 1952 II S.447)²⁾.
Er verbietet

- die zu den Art. 2, 3 und 4 in Widerspruch stehenden Praktiken, insbesondere
- die Praktiken unlauteren Wettbewerbs, vor allem die nur vorübergehenden oder nur örtlichen Preissenkungen, die auf Erlangung einer Monopolstellung innerhalb des gemeinsamen Marktes gerichtet sind;
 - die diskriminierenden Praktiken, die auf dem gemeinsamen Markt die Anwendung von ungleichen Bedingungen auf vergleichbare Geschäfte durch ein und denselben Verkäufer mit sich bringen, insbesondere wenn die Käufer wegen ihrer Nationalität unterschiedlich behandelt werden.
- Die Hohe Behörde kann durch Entscheidungen, die nach Anhörung des beratenden Ausschusses und des Rates ergehen, die von diesem Verbot betroffenen Praktiken näher bezeichnen.

Zusammen mit den im Vertragstext folgenden Vorschriften über die "Kartelle und Zusammenschlüsse"

-
- 1) Ohne Gesetzesangabe genannte Artikel sind die Artikel des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951 (BGBl. 1952 II S. 447).
2) Im folgenden abgekürzt: EGKS bzw. EGKSv.

im VI. Kapitel regelt der Vertrag in den Artikeln 60 bis 66 in gedrängter Form die Materie, die das deutsche Recht in dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen normiert. Im weiteren Sinne enthält der Vertrag in diesen Bestimmungen das Wettbewerbsrecht³⁾⁴⁾ der Gemeinschaft. Berücksichtigt man ferner die Grundsatzartikel⁵⁾ 2, 3, 4, auf die Art. 60 Bezug nimmt, so ergibt sich, daß mit Art. 60 eine Vorschrift herausgegriffen ist, die als Spezialregelung innerhalb des größeren Rahmens der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft zu verstehen ist⁶⁾. Folglich läßt sich auch die Untersuchung eines Einzelproblems des Art. 60, wie die Frage nach den zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen das Verbot der Preisdiskriminierung und des unlauteren Wettbewerbs, nur durch eine vorangehende zielstrebige, d.h. der Logik der Fragestellung folgende Erörterung des Wettbewerbsrechts der EGKS eingrenzen, um sie dann unter Verwendung der gewonnenen Erkenntnisse ihrem Ergebnis zuzuführen.

3) Vgl. zu dem hier verwendeten Begriff "Wettbewerbsrecht" B.-HEFERMEHL, 9. Aufl., I Allg. Rdnrn. 71-83, 79.

4) Als wettbewerbsrelevant kann man alle Vorschriften des 3. Titels, der über die Wirtschafts- und Sozialbestimmungen handelt, bezeichnen; so wären insbesondere auch die Artikel über das Transport- und Zollwesen einzuschließen. Die erwähnten Vorschriften enthalten jedoch den Kern des Wettbewerbsrechts; deshalb erscheint es zulässig, im Rahmen dieser Arbeit auf eine Heranziehung auch der übrigen Artikel des 3. Titels zu verzichten.

5) BALLERSTEDT, S. 1; KRAWIELICKI, S. 2.

6) Vgl. MESTMÄCKER, Kartelle und Monopole I, S. 310; ders. WuW 55, 161 Fußn. 32a: "Punktueller Auslegung von Einzelvorschriften führt zu Widersprüchen innerhalb des Vertrages. "Ferner STEINDORFF, Gleichheitssatz, S. 34; HOCHBAUM, S. 98; HACKENBRACHT, S. 75.

2) System von Geboten und Verboten in der Wettbewerbsordnung

Die genannten Bestimmungen des Vertrages normieren für die Unternehmen bestimmte Verpflichtungen, die sie in ihrer Geschäftstätigkeit zu beachten haben. So müssen sie etwa gemäß Art. 60 § 2 ihre Preislisten veröffentlichen oder für geplante Unternehmenszusammenschlüsse die vorherige Genehmigung der

H B einholen (Art.66), oder es ist ihnen untersagt, bestimmte Handlungen vorzunehmen, wie etwa unlautere oder diskriminierende Praktiken anzuwenden (Art.60 § 1) oder wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zu beschließen bzw. durch gleichförmiges Verhalten zu verwirklichen (Art.65). Die Schöpfer des Vertrages haben sich vorgestellt, daß mit der Beachtung dieser Gebote und Verbote durch alle Beteiligten, d.h. in erster Linie durch die Unternehmen, aber auch durch die Mitgliedstaaten (vgl. noch Art. 4 lit. a,c, 67) und die Organe der Gemeinschaft (vgl. noch Art. 3, 5, 8, 57-59) sich eine bestimmte Marktordnung bilden werde, die der Vertrag global den Gemeinsamen Markt (Art. 1,2,4) nennt. Welcher Art diese vom Vertrage intendierte Marktordnung ist, wird noch zu erläutern sein. Mit dem System der Gebote und Verbote soll der HB ein Instrumentarium in die Hand gegeben sein, in Erfüllung ihrer Aufgaben gemäß Art. 8 über die Entwicklung und Aufrechterhaltung des Gemeinsamen Marktes zu wachen.

3) Sicherung des Systems durch Androhung öffentlich-rechtlicher Sanktionen

Für die Fälle, daß die Beteiligten ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, sieht der Vertrag Sanktionen vor. Verletzen die Unternehmen die Verbote des Art.60, so kann die HB gegen sie gemäß Art.64 eine Geldbuße verhängen. Werden das Verbot des Art.65 oder das Gebot des Art.66 verletzt, so können gleich-

falls Geldbußen oder Zwangsgelder festgesetzt werden. Geldbußen bzw. Zwangsgelder sind ferner in Art.47, 54, 58, 59 und 68 angedroht. Gegen Vertragsuntreue der Mitgliedstaaten kennt der Vertrag das Verfahren gemäß Art.88 und bei rechtswidrigem Verhalten der HB sieht der Vertrag die Untätigkeits- (Art.35) oder die Anfechtungsklage (Art.33, 36, 37) vor. Alle genannten Sanktionen sind öffentlich-rechtlicher Natur. Ein Verstoß eines Unternehmens gegen den Vertrag bedeutet aber nicht nur eine Ordnungswidrigkeit und eine Störung des Marktmechanismus der Gemeinschaft; sondern kann auch konkrete Privatinteressen einer Einzelperson verletzen. Darüber, welche zivilrechtlichen Folgen an ein nicht vertragskonformes Verhalten der Unternehmen geknüpft sind, insbesondere ob dem Verletzten Schadensersatzansprüche zustehen, enthält der Vertrag keine Bestimmung⁷⁾ - mit einer Ausnahme:

4) Bedeutung der Ausnahme des Artikels 65 § 4

Art. 65 § 4 Abs.1 bestimmt, daß die nach § 1 des Art. 65 untersagten Vereinbarungen oder Beschlüsse nichtig sind; eine Berufung auf sie ist vor keinem Gericht der Mitgliedstaaten zulässig. Mit dieser einzigen⁸⁾ Vorschrift, die unmittelbar zivilrecht-

7) BALLERSTEDT, S.24. Allerdings enthält der Vertrag in Art.40 die Pflicht der Gemeinschaft zur Amtshaftung im Falle einer Schadensverursachung durch einen Amtsfehler der Gemeinschaft oder durch eine Amtspflichtverletzung eines ihrer Beamten (vgl. dazu MUCH, Die Amtshaftung im Recht der EGKS, 1952). Die Vorschrift begründet Schadensersatzansprüche; in diesem Zusammenhang interessieren jedoch nur die gemeinschaftsrechtlichen und privatrechtlichen Verpflichtungen der Unternehmen.

8) Privatrechtliche Regelungen enthalten allerdings auch die Art. 6 und 40 und - als Kollisionsnorm - Art. 51 Abs.2 (vgl. BAYER, S. 325, 349; MUCH, aaO.). Diese Vorschriften stehen mit der hier angestellten Untersuchung jedoch in keinem engeren Zusammenhang.

liche Folgen⁹⁾ ausspricht, will der Vertrag in seinem Geltungsbereich ein einheitliches Kartellrecht gesichert wissen, indem er den mißbilligten Rechtsgeschäften die zivilrechtliche Wirksamkeit versagt. Freilich kann der Vertrag nicht den Rechtsschutz einer gar nicht vorhandenen gemeinschaftsrechtlichen Privatrechtsordnung entziehen. Aber Art. 65 § 4 Abs.1 hat die Bedeutung, daß es den Mitgliedstaaten untersagt ist, nach ihrem Recht den verbotenen Rechtsgeschäften Rechtsschutz zu gewähren. Der Vertrag hat damit selbst eine verbindliche Entscheidung darüber getroffen, wie mißbilligte Kartelle bewertet und rechtlich behandelt werden sollen. Damit ist der Gefahr vorgebeugt, daß die Mitgliedstaaten eine eigene und je nach ihrer Kartellfreundlichkeit unterschiedliche Bewertung und Sanktionierung der Kartellverträge vornehmen. Die für das Recht der Kartelle getroffene gemeinschaftsrechtliche Entscheidung, mit der der Vertrag die sonst geübte Zurückhaltung auf dem Gebiet des Privatrechts durchbricht, beweist, welche eminent wichtige Bedeutung der Vertrag dem Schicksal der Kartelle beimißt. Konsequenter hat er deshalb auch die Entscheidung darüber, ob kartellrechtliche Vereinbarungen oder Beschlüsse mit den Bestimmungen des Art. 65 in Einklang stehen, ausschließlich der HB vorbehalten (Art.65 § 4 Abs.2). Der Vorschrift des Art. 65 § 4 kommt folglich Ausnahmecharakter zu¹⁰⁾.

9) Es sind zu unterscheiden: Vom Verträge selbst angeordnete zivilrechtliche Folgen und nach dem nationalen Recht zu bestimmende zivilrechtliche Auswirkungen hoheitlicher Maßnahmen der HB, die diese z.B. gegenüber den Unternehmen nach Art.63 § 2, 66 § 5 Abs. 2, 3, 5, § 7 treffen kann.

10) BALLERSTEDT, S. 24.

2. Abschnitt: Die öffentlich-rechtliche Natur des EGKSV

Der EGKSV verzichtet nicht nur auf zivilrechtliche Sanktionen und auf andere zivilrechtliche Normierungen (von Art.65 § 4 abgesehen), er enthält vielmehr seinem Inhalt und seiner Zielsetzung sowie seiner Rechtsnatur nach öffentliches Recht¹¹⁾.

1) Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht als Kern des EGKSV

Es wurde gesagt¹²⁾, daß sich das Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft aus den Art.60 bis 66 i.V.m. den Art. 2,3,4 des Vertrages ergibt. Die genannten Artikel bestimmen die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes unter normalen wirtschaftlichen Verhältnissen. Sie können deshalb als das Wirtschaftsverfassungsrecht¹³⁾ der Gemeinschaft bezeichnet werden. Auch die Artikel 57-59 sind zu den für die Wirtschaftsordnung der Gemeinschaft grundlegenden Bestimmungen zu zählen, da Maßnahmen der HB auf Grund dieser Artikel in Krisenzeiten zu einer Modifizierung des normalen Wirtschaftssystems führen können. Aus den genannten, das Wirtschaftsverfassungsrecht der EGKS bildenden Vorschriften wird in geeignetem Zusammenhang noch der Charakter der Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes zu erläutern sein.

Art. 8 bezeichnet es als Aufgabe der HB, für die Erreichung der in dem Vertrage festgelegten Ziele nach Maßgabe des Vertrages zu sorgen. Nach Art.5

11) ZIMMERMANN, S. 96; KRAWIELICKI, S.3; REUTER S. 34 No. 29; MATHIJSEN, S.10; CONSTANTINESCO, A.O. II, S.219; LAGRANGE Schlußantrag in Rs 1/54 Rspr. GH I S.7,64 ff; BGHZ 30, 74 = NJW 59, 1176.

12) Vgl. o. S.2.

13) BALLERSTEDT, S.1; KRAWIELICKI, S.2; zum Wirtschaftsverfassungsrecht vgl. RASCH, Komm. zum GWB, Einf. I 1; HUBER I, S.18-46.

kann die Gemeinschaft ihre Aufgaben durch begrenzte Eingriffe erfüllen. Damit sind der Gemeinschaft und der HB als ihrem Organ hoheitliche Befugnisse eingeräumt, über die harmonische Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zu wachen. So enthalten denn auch zahlreiche Vorschriften des Vertrages konkrete Ermächtigungen für die HB, wirtschaftsbeeinflussende Maßnahmen zu ergreifen, z.B. in Art. 60 § 1 Abs.2, Art. 61, Art. 63 Abs. 3, Art. 66 § 5 Abs. 2,3,5,7 (!), vor allem auch in den genannten Art. 57-59 oder in Art. 14,46,54-56. Hier enthält der Vertrag in seinem wesentlichen Teil Wirtschaftsverwaltungsrecht¹⁴⁾. Treffend bemerkt KIESEWETTER¹⁵⁾, daß mit dem Vertrage wirtschaftlichen Tatsachen Rechnung getragen werden soll. Wirtschaftliche Sachverhalte sollen gesichert und geordnet werden. Zur Erreichung wirtschaftlicher Ziele sind rechtliche Voraussetzungen zu schaffen; dadurch werden wirtschaftliche Begriffe zu Rechtsbegriffen,¹⁶⁾ - es wird Wirtschaftsrecht geschaffen. Soweit die Gemeinschaft selbst die Macht dazu hat, wird die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes - auch gegenüber den Unternehmen - rein öffentlich-rechtlich gewährleistet¹⁷⁾. HUBER¹⁸⁾ nennt die EGKS einen "öffentlich-rechtlichen Marktverband", JERUSALEM¹⁹⁾ sieht in ihr eine Verwaltungsgemeinschaft der Mitgliedstaaten zu dem Zwecke der Errichtung des Gemeinsamen Marktes für Kohle und Stahl.

14) Vgl. HUBER I, S. 17 f, 47 ff.

15) KIESEWETTER, S. 42-44.

16) Auf die wirtschaftsrechtliche Sprache des Vertrages weisen besonders hin JERUSALEM, FR., S.9 und WOLANY, S. 233: "Le langage du Traité est essentiellement économique". Vgl. auch CONSTANTINESCO, A.O. II, S. 214.

17) ZIMMERMANN, S. 96, KRAWIELICKI, S.3; vgl.o.Fußn.11.

18) HUBER I, S. 265; vgl. auch KRAWIELICKI, S.2,3.

19) FR.JERUSALEM, S.14; vgl.bes.OPHÜLS, ZHR 124,136 ff (141,149); mit Einschränkung auch BAYER,325 ff,329.

2) Die politischen und wirtschaftlichen Zielsetzungen

Auch die Zielsetzungen, die zur Gründung der EGKS geführt haben, zwingen dazu, das Gemeinschaftsrecht dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Wenn es in der Präambel des Vertrages heißt,

daß der Weltfriede²⁰⁾ nur durch schöpferische, den drohenden Gefahren angemessene Anstrengungen gesichert werden kann; --

daß der Beitrag, den ein organisiertes und lebendiges Europa für die Zivilisation leisten kann, zur Aufrechterhaltung friedlicher Beziehungen unerlässlich ist, --

daß Europa nur durch konkrete Leistungen, die zunächst eine tatsächliche Verbundenheit schaffen, und durch die Errichtung gemeinsamer Grundlagen für die wirtschaftliche Entwicklung aufgebaut werden kann,

so ist damit dem Vertragswerk ein politisches Programm vorangestellt. Hier ist sogar der Wortlaut der Déclaration française du 9 mai 1950 beibehalten, auf die die Gründung der Gemeinschaft zurückzuführen ist. Es sollen "der erste Grundstein für eine weitere und vertiefte Gemeinschaft unter Völkern gelegt und institutionelle Grundlagen" geschaffen werden, "die einem nunmehr allen gemeinsamen Schicksal die Richtung weisen können"²¹⁾.

Vergegenwärtigt man sich schließlich die spezielle französisch-deutsche Interessenlage vor und zu der Zeit des Vertragschlusses, wo wird der Charakter des Vertrages als Mittel und Werk der Politik²²⁾

20) Vgl. STUYT, S.342: "Le but principal du droit international se dirige vers: le bien commun des nations, la paix, la sécurité, l'ordre"; diese Begriffe haben sämtlich, z.T. wörtlich, in die Präambel Eingang gefunden. Vgl. auch BINDSCHEDLER, S.16.

21) Präambel des Vertrages.

22) Vgl. OPHÜLS, NJW 51, 289: "Der politisch-staatsrechtliche Gedanke, der den eigentlichen Kern des Schumanplanes bildet, ... hat das Ganze der Verhandlungen beherrscht." HOCHBAUM, S.205;

vollends deutlich. Die Idee zur Schaffung eines Gemeinsamen Marktes für Kohle und Stahl entsprang der Entschlossenheit beider Länder, den jahrzehntealten Konflikt zwischen Frankreich und Deutschland um die Schwerindustrie des Ruhrgebietes endlich dauerhaft und den Interessen der angrenzenden Länder gerecht werdend zu lösen²³⁾. In den ersten 50er Jahren ersetzte der Gemeinsame Markt die Internationale Ruhrbehörde, deren Unzulänglichkeit von Frankreich im Hinblick auf seine nationalen Interessen erkannt worden war, und deren Auflösung auch das Hauptbestreben der damaligen Bundesregierung²⁴⁾ war²⁵⁾.

Freilich wurde die EGKS von Anfang an auch als Rahmen und erste Stufe für eine über Frankreich und Deutschland hinausgreifende europäische Einigung angesehen²⁶⁾. Die innere Dynamik²⁷⁾ des ersten Zusammenschlusses führte trotz nie ausbleibender Rückschläge erwartungsgemäß über die Verträge von Rom 1957 zu einer stetig fortschreitenden europäischen Integration, in der wir heute die Bedeutung und den Sinn zugleich aller europäischen Verträge sehen. Über dieser Entwicklung geriet der Anlaß zur Abfassung des EGKSV – die Ablösung der Ruhrbehörde und die Vergemeinschaftung der Schwerindustrie des Ruhrgebietes – nahezu in Vergessenheit.

WOLANY, A.O. IV, S.234.

23) Vgl. REUTER, S.31; HAUBMANN, S.7 f; FRANKF. KOMM. I Einl. Anh. C Tz. 51.

24) N.b. auch der privaten Industrie, vgl. HAUBMANN, S.48; HALLSTEIN, Probleme, S.18.

25) Vgl. REUTER, S.19f; HAUBMANN, S.48, 50.

26) Vgl. Text der Präambel.

27) REUTER, S.32: "Il y a dans le Plan Schumann un dynamisme interne ...; en unifiant le régime de la production du charbon et de l'acier on sera obligé sous peine d'échec de procéder à d'autres unifications qui de proche en proche s'étendront". Im gleichen Sinne auch BINDSCHIEDLER, S.36, wenn

3) Der EGKSV als völkerrechtliches Abkommen.

Schließlich ist auch die äußere Form und die Rechtsnatur des gesamten Vertragswerkes dem öffentlichen Recht, nämlich dem Staats- und Völkerrecht zuzuordnen. Die EGKS ist durch eine Rechtshandlung des klassischen Völkerrechts ins Leben gerufen worden, ihre juristische Grundlage ist ein Staatsvertrag. Sie ist ein Subjekt des internationalen Rechts in ihren Beziehungen zu Drittstaaten und den anderen internationalen Organisationen²⁸⁾. Berücksichtigt man die Präambel und Art. 86 sowie die politischen Vorverhandlungen, die Paraphierung und schließlich die Ratifizierung und Transformierung des Vertrages durch die nationalen Parlamente, so entspricht der Vertrag auch in den äußeren Formen ganz den herkömmlichen Regeln eines völkerrechtlichen Abkommens²⁹⁾.

3. Abschnitt: Ausschluß zivilrechtlicher Folgen durch erschöpfende Regelung im EGKSV?

Wenn der EGKSV für den Fall eines Verstoßes gegen Art.60 § 1 keine zivilrechtlichen Folgen anordnet, so läßt sich daraus die Folgerung ziehen, daß zivilrechtliche Folgen im sachlichen Bereich des Vertrages ganz ausgeschlossen sind. Jedesmal aber, wenn ein konkreter Fall mit Hilfe des Vertragsrechts unmittelbar nicht gelöst werden kann, ist auch zu entscheiden,

er sagt, "daß jeder völkerrechtlichen Verbindung die Tendenz zum Auseinanderfallen oder zur weiteren Zentralisierung inhaerent ist". Vgl. BALLERSTEDT, S.10; HALLSTEIN, Probleme, S.3; HAUBMANN, S.51; CONSTANTINESCO, A.O.II, S. 213.

28) DEHOUSSE-BERICHTE, Nr.14: Man kann das Gemeinschaftsrecht "als integrierenden Bestandteil eines erweiterten klassischen Völkerrechts betrachten".

29) BINDSCHEDLER, S.201; SCHLOCHAUER, ArchVR Bd.11 (1963) S.3; ZEMANEK in Verdross, Völkerrecht, S. 356; MÜNCH, Berichte d.d.Ges.f.VÖR, Heft 2 (1958) S.80 ff; MESTMÄCKER, Kartelle und Monopole I, S.309.

ob nicht nationales Recht zur Anwendung kommt und nicht der betreffende Fall nach dem für ihn dann geltenden nationalen Recht zu lösen ist³⁰⁾. Der Schluß, der EGKSV wolle Zivilrecht auf diese Fälle überhaupt nicht angewendet wissen, setzt deshalb die Auffassung voraus, daß der Vertrag mit seinem Schweigen über zivilrechtliche Folgen bewußt auch die Anwendung nationalen Rechts verbietet.

1) Die Auffassung des BGH

Diese Auffassung ist vom BGH in seiner Entscheidung vom 14. April 1959³¹⁾ im sogenannten "Saarbergwerkefall" vertreten worden. Nachdem der Senat zutreffend den öffentlich-rechtlichen Charakter des Vertragswerkes hervorgehoben hat, zieht er daraus in Anlehnung an die Ausführungen des Generalanwalts Lagrange³²⁾ die Folgerung, daß "privatrechtliche Beziehungen, wie sie normalerweise in den verschiedenen Ländern entstünden ... vom Vertrag nicht berührt³³⁾ würden³⁴⁾".

30) Vgl. FRANKF. KOMM., § 35 Tz 1 (Vorbem.): "Jede gesetzliche Regelung von Wettbewerbsbeschränkungen muß die Frage beantworten, ob und inwieweit die Mißachtung der gesetzlichen Ordnung demjenigen einen Schadensersatzanspruch gewährt, der durch das Verhalten des Verletzers Nachteile erlitten hat."

31) BGHZ 30, 74 = NJW 59, 1176 ff, Vorinstanzen IG - 7 O 268/54 - und OLG - 3 U 115/55 - Saarbrücken.

32) Schlußanträge in der RS 1/54 Rspr. GH I S. 7, 64 ff., vgl. auch Rs 13/57 GH IV S. 362.

33) Auffallend ist die Formulierung "nicht berührt", die gerade nicht gleichbedeutend ist mit "ausgeschlossen". Vgl. KRAWIELICKI, S. 75, der in dem Zusammenhang seiner Erörterungen zu Art. 66, in dem gleichfalls zivilrechtliche Wirkungen nicht ausgesprochen sind, betont: "Die zivilrechtlichen Wirkungen des Zusammenschlusses bleiben jedoch unberührt". Im juristischen Sprachgebrauch heißt das: Zivilrechtliche Vorschriften kommen im übrigen zur Anwendung, soweit die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Vgl. KIESEWETTER, S. 19f.

34) NJW 59, 1180.

An anderer Stelle³⁵⁾ heißt es dann entschiedener: "Sowohl der Struktur des MUV als auch seiner Zielsetzung ist somit ein Wille der Vertragsschließenden zu entnehmen, dem in Art. 4 b und Art. 60 § 1 MUV enthaltenen Diskriminierungsverbot bürgerlich-rechtliche Wirkungen nicht beizulegen". Das Schwergewicht der Argumentation des BGH dürfte aber wohl in rechtspolitischen Erwägungen zu suchen sein. Der Senat meint, daß mangels einer ausschließlichen Zuständigkeit des GH Auslegung und Anwendung der Diskriminierungsbestimmungen einschließlich der in diesem Zusammenhang erlassenen Entscheidungen der HB allein den nationalen Gerichten obliegen würde. Die nationalen Gerichte aber hätten jeweils verschiedenes Recht anzuwenden, eine allen Mitgliedsstaaten gemeinsame verbindliche oberste Instanz fehle³⁶⁾. Der BGH fürchtet deshalb eine verhängnisvolle Rechtsunsicherheit, die zu dem "untragbaren Ergebnis führen könne, daß das Ziel, welches nach dem MUV erstrebt werden soll, die Gleichbehandlung der Abnehmer, durch das Tätigwerden verschiedener nationaler Gerichte besonders gefährdet werden würde. Nicht ausgeschlossen wäre es, daß auf diese Weise durch eine gerichtlich sanktionierte Ungleichheit eine neue Diskriminierung hervorgerufen würde." Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, daß ein Vertrag, der sich als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstelle, weder nach § 134 BGB nichtig sei noch nach § 823 Abs. 2 BGB Schadensersatzansprüche auslösen könne.

Das LG Saarbrücken hatte die Anwendbarkeit der beiden Vorschriften sowie deren tatbestandsmäßige Voraussetzungen bejaht. Auch das OLG hatte die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BGB nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

35) NJW 59, 1181.

36) NJW 59, 1181 passim.

2) Kritik an der Auffassung des BGH

Das Urteil hat in der Literatur - soweit ersichtlich - überraschend wenig Resonanz gefunden³⁷⁾. Mit ihm liegt jedoch bereits eine höchstrichterliche Entscheidung vor über die Frage, die im ersten Kapitel dieser Arbeit beantwortet werden soll. Auseinandersetzung mit den Gedanken des BGH ist somit geboten.

Mußten die Ausführungen des BGH schon im Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung auf Bedenken stoßen, so halten sie heute nach sechs weiteren Jahren der Entwicklung und Fortbildung des Gemeinschaftsrechts einer erneuten kritischen Überprüfung nicht stand. Zutreffend zwar stellt der BGH den öffentlich-rechtlichen Charakter des EGKS-Vertrages, insbesondere auch der preis- und kartellrechtlichen Bestimmungen im Kapitel V des dritten Titels fest³⁸⁾. Daraus schließen zu müssen, dem Diskriminierungsverbot seien deshalb zivilrechtliche Wirkungen nicht beizulegen, erscheint jedoch nicht zwingend. Ebensowenig sind die Beweggründe des Senats, die in erster Linie zu dieser Entscheidung geführt haben, nämlich die rechtspolitischen Erwägungen, gerechtfertigt. Die Befürchtungen der Rechtsunsicherheit und gerichtlicher Diskriminierung vermögen den Spruch des Gerichts nicht zu tragen. Das zeigen die folgenden Überlegungen.

a. Wenn man nach einer Analyse des Wortlautes und der Struktur des EGKS-Vertrages - wie der BGH - zu dem Ergebnis gelangt, der Vertrag treffe nur öffentlich-rechtliche, im engeren Sinne rein verwaltungsrechtliche sowie politische und wirtschaftspolitische Entscheidungen, insofern er nämlich der HB umfangreiche Befugnisse einräumt, so bedeutet diese Erkenntnis zunächst

37) Sie ist zustimmend besprochen von SCHLOH in Jahrb. f. int. Recht Bd.9 (1960) S.42-101; abl.: VAN RAAY in Nederlands Juristenblad 1960, Nr. 21 (S.437-446); LANG, S.287 ff; HACKENBRACHT, S.100; kritisch, aber ohne abschließende Stellungnahme äußert sich ZIMMERMANN, S.381.

38) Vgl. o. 2.Abschnitt.

lediglich, daß im Vertrag zivilrechtliche Wirkungen ausgeklammert sind. Zuweit gehend und wenig folgerichtig ist die Feststellung des BGH, daraus sei bereits der Wille der Vertragsschließenden zu entnehmen, zivilrechtliche Folgen sollten bei einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot überhaupt nicht eintreten. Mit dieser Argumentation wird die vorangehende Feststellung, der Vertrag enthalte rein öffentlich-rechtliche Bestimmungen, bereits wieder korrigiert; denn wenn der Vertrag die Anwendung auch der nationalen zivilrechtlichen Bestimmungen bewußt ausschließen will, so trifft er damit eben auch eine - negative - zivilrechtliche Entscheidung.

Zwar kann auch aus dem Schweigen des Gesetzes der entschiedene, nämlich verneinende Wille des Gesetzgebers hinsichtlich der nicht geregelten Frage entnommen werden³⁹⁾. Dieser durch Auslegung ermittelte Wille muß aber in einem solchen Falle der gesetzgeberischen Gesamtintention, die dem Gesetzgebungswerk zugrunde liegt, sowie der Struktur des betreffenden Gesetzes widerspruchsfrei entsprechen. Das ist jedoch nicht der Fall, wenn man dem EGKS-Vertrag auf Grund seines Schweigens zu dieser Frage entnehmen will, zivilrechtliche Vorschriften, gleich aus welcher Rechtsquelle und mit welcher Rechtswirkung, sollten in Verbindung mit dem Vertragsrecht überhaupt nicht zur Anwendung gelangen. Der EGKS-Vertrag ist ein völkerrechtliches Abkommen⁴⁰⁾, das die Errichtung eines gemeinsamen Marktes für Kohle und Stahl vorsieht als ersten Schritt auf dem Wege zu einer zunächst vollständigen wirtschaftlichen und später politischen Integration Europas⁴¹⁾. Zur Verwirklichung dieser Zielsetzung hat er die erforderlichen Institutionen geschaffen und mit umfangrei-

39) KRAWIELICKI, S.48; vgl. auch zum folgenden KIESEWETTER, S.70 ff.

40) Vgl. o.2.Abschn.3) S. 10

41) Vgl. Vorgeschichte und Präambel (o.2.Abschn.2)S. 8 f.)

chen marktlenkenden verwaltenden Befugnissen ausgestattet⁴²⁾. In Ausübung dieser Befugnisse sollen sie darüber wachen, daß die Vertragsziele, die in den Art. 2 und 3 gesteckt sind, erreicht und die zu diesem Zweck in Art.4 aufgestellten Marktgrundsätze von allen Beteiligten, Mitgliedstaaten wie Unternehmen, eingehalten werden. Damit ist ein Marktmechanismus geschaffen, der unter der Regie der HB allein nach den Regeln des Vertrages - in seiner Anwendung und Auslegung unter der Kontrolle des GH - sich entfalten soll. Im Rahmen dieser Zielsetzung haben sich die vertragsschließenden Mitgliedstaaten bei der Gründung der Gemeinschaft auf das notwendige gesetzgeberische Mindestmaß beschränkt. Es war aus diesem Grunde weder beabsichtigt noch erforderlich, auch auf dem Gebiet des Zivilrechts Regelungen zu treffen, mit Ausnahme der wenigen wichtigen Bestimmungen im Recht über die Kartelle und Zusammenschlüsse⁴³⁾. Die Tatsache, daß allein auf diesem Gebiet auch privatrechtliche Vorschriften im Verträge enthalten sind, bestätigt den Willen der Vertragsschließenden, in das Privatrecht nur soweit einzugreifen, als es das Funktionieren des geschaffenen Gemeinsamen Marktes unmittelbar erfordert.⁴⁴⁾ Die betreffenden Vorschriften sind deshalb als Ausnahmebestimmungen gekennzeichnet,

42) Vgl. Artikel 5, 8, 14, 46 ff. EGKS-Vertrag.

43) Vgl. o. 1. Abschn. 4), S. 4 f. LAGRANGE in der Rs. 1/54 Rspr. GH I S. 64 ff; vgl. dazu KRAWIELICKI, S. 57 ff., KIESEWETTER, S. 85 f.

44) CONSTANTINESCO, A.O. II, S.219: "Il est évident, que le droit de la Communauté a notamment le caractère d'une législation de droit publique, interférant le moins possible sur le droit privé.... Mais sauf exceptions, comme celle de l'article 66 sur les concentrations, le principe est que les rapports entre les entreprises et les particuliers, tels que le droit privé les conçoit dans les états membres, ne devraient pas être touchés par le Traité."

darauf wurde an anderer Stelle bereits hingewiesen⁴⁵⁾. Darüber hinauszugehen wäre systemwidrig gewesen⁴⁶⁾. Damit ist die Argumentation des BGH insoweit widerlegt, als das Gericht aus dem Schweigen des Vertrages bzw. aus den umfangreichen verwaltungsrechtlichen Befugnissen der HB⁴⁷⁾ die Entscheidung der Vertragsschließenden herauslesen will, zivilrechtliche Vorschriften sollten nicht zur Anwendung gelangen. Der Geist des Vertrages läßt vielmehr nur den Schluß zu, daß über zivilrechtliche Wirkungen überhaupt keine Entscheidung getroffen ist, oder - eben lediglich die Entscheidung, daß zivilrechtliche Folgen eintreten können, wenn sich diese aus anderen neben dem EGKSV anwendbaren Vorschriften ergeben⁴⁸⁾.

Die grundsätzliche Anwendbarkeit der nationalen Zivilrechtsvorschriften schließt allerdings noch nicht ein, daß auch in dem konkreten Falle der hier gestellten Aufgabe zivilrechtliche Folgen mit Sinn und Zweck des in Art. 60 § 1 ausgesprochenen Verbotes vereinbar sind. Dieser Prüfung gelten die Untersuchungen im 2. Kapitel.

b. Schließlich sind auch die rechtspolitischen Erwägungen des BGH zu zerstreuen. Ob die Anwendung nationalen Rechts, hier also insbesondere des Rechts

45) Vgl. o. 1.Abschn. 4), S.5.

46) CONSTANTINESCO, aaO., S.220: "Le Traité définit et règle les rapports de la Haute Autorité avec les entreprises, mais non pas ceux des entreprises avec les particuliers." Vgl. KIESEWETTER, S. 20, 96.

47) Wie wenig es darauf ankommen kann, daß der HB zur Sicherung der Wirtschaftsordnung umfangreiche verwaltungsrechtliche Kompetenzen zuerkannt sind, zeigt ein Blick auf das deutsche GWB: Verwaltungsrechtliche Befugnisse sind auch dem Bundeskartellamt eingeräumt, das GWB enthält gleichfalls Bußgeldbestimmungen. Trotzdem kennt es darüberhinaus auch einen privatrechtlichen Rechtsschutz. Vgl. FRANKF.KOMM., Einl.D Tz.27 ff.

48) CONSTANTINESCO, aaO.; vgl. ZIMMERMANN, S.378; vgl. MÜNCH, Berichte dt. G.f. VÖR., Heft 2 (1958) S.79 f.

der unerlaubten Handlungen in den einzelnen Mitgliedstaaten, zur Anerkennung unterschiedlicher und gar diskriminierender Rechtsfolgen auf ein und denselben Tatbestand, nämlich die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, führt, bedarf zunächst einmal der rechtsvergleichenden Untersuchung. Die im 3. Kapitel enthaltene Gegenüberstellung der betreffenden nationalrechtlichen Vorschriften wird beweisen, daß die Anwendung nationalen Rechts keineswegs zu grundsätzlich unterschiedlichen Ergebnissen führen wird, etwa - wie der BGH befürchtet - in einem Ausmaß, daß die integrierenden Ziele des Vertrages in Frage gestellt würden. Erst dann aber, wenn eine bestimmte Rechtsanwendung zu unvernünftigen, systemwidrigen oder der Gerechtigkeit widersprechenden Ergebnissen führen würde, können entsprechende rechtspolitische Erwägungen für eine Entscheidung ausschlaggebend sein, Solange hierfür jedoch keine Notwendigkeit besteht, hat das Gericht die gewünschte Rechtsfolge auszusprechen, wenn sich diese folgerichtig sowohl aus dem Gemeinschaftsrecht wie aus dem nationalen Recht ableiten läßt. Sich ergebende Ungleichheiten sind - soweit sie nicht im oben gemeinten Sinne entscheidungserheblich werden können - als unvermeidbare Folge der Teilintegration (oder auch des föderalistischen Prinzips⁴⁹⁾) hinzunehmen⁵⁰⁾. Eine vollkommene Rechtsgemeinschaft gibt es nicht in Europa. Selbst die Wirtschaftsgemeinschaft ist erst in der Entwicklung

49) Vgl. zu dem Problem der Ungleichbehandlung durch unterschiedliche Rechtsordnungen auch BVerfG 1,275; 3,158; 10,371.

50) Vgl. GH Rs 7,9/54 Rspr.II S.96: "Das Fortbestehen von Ungleichheiten bei den Wettbewerbsbedingungen ist, ohne daß dies eine vom Verträge verbotene Diskriminierung mit sich bringt, eine notwendige und unvermeidbare Folge der im Verträge nur teilweise verwirklichten Integration." Vgl. dazu und zum folgenden auch STEINDORFF, Gleichheitssatz, S. 35 ff, WENGLER, Rechtsgleich-

begriffen und erstreckt sich erst auf Teilbereiche. Die Unternehmen sind mit allen ihren Rechtshandlungen ohnehin den einzelnen miteinander nicht völlig übereinstimmenden Rechtsordnungen unterworfen. Unterschiede im Schuldrecht, im Handels- und Gesellschaftsrecht, im Steuerrecht können sehr wohl Rückwirkungen haben auf die wirtschaftlichen Bedingungen für die Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft. Dennoch wird z.B. keine Finanzverwaltung die Anwendung der Steuergesetze auf Montanunternehmen ablehnen, weil etwa ein anderer Mitgliedstaat eine abweichende Regelung kennt. Ebensowenig dürfen die staatlichen Gerichte ihren Rechtsschutz verweigern⁵¹⁾:

c. Schwierigkeiten in der Auslegung des Gemeinschaftsrechts oder in der Feststellung des Tatbestandes, der in der Regel aus komplizierten wirtschaftlichen Sachverhalten zu ermitteln ist, vermögen ein nationales Gericht nicht der Pflicht zu entheben, das entsprechende Recht auch anzuwenden und einen Spruch zu fällen⁵²⁾. Konsequenz der unmittelbaren Geltung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten ist auch seine Anwendung durch die nationalen Gerichte. Die Anrufung einer gemeinsamen obersten

heit, S. 239, 252, 276; FOURRÉ-WENNER, AWD 65, 149.

51) VAN RAAIJ, Nederlands Juristenblad 1960 (Nr. 21), S. 444-446: "De drie Europese Verdragen beogen integratie. Wanneer nu een op die verdragen gebaseerde integrerende impuls tot verschillende rechtsvolgen leidt moet men niet die impuls in de kiem smoren, maar daarentegen de rechtsgevolgen uniformieren."

52) Vgl. LANG, S. 289; SPENGLER, WuW 54, 769: "Wir sind uns darüber im klaren, daß Entscheidungen über die Anwendbarkeit der Diskriminierungsverbote des übernationalen Rechts den deutschen Gerichten ungewöhnliche Schwierigkeiten und Verantwortung aufbürden. Sie werden dieser Verantwortung aber nicht durch Einschaltung der HB, die naturgemäß mehr aus wirtschaftspolitischen als aus rechtlichen Gesichtspunkten entscheiden wird und muß, ledig, sondern sie müssen sich ohne helfende Hand den Weg in dieses schwierige und interessante juristische Neuland bahnen."

Instanz ist nach dem Recht der EWG und der EURATOM unter den Voraussetzungen des Art. 177 EWGV bzw. des Art. 150 EURATOMV möglich. Wenn man anerkennt, daß allen europäischen Verträgen gemeinsame Rechtsgedanken zugrunde liegen, so dürfte es zulässig sein, im Hinblick auf die später im EWGV und EURATOMV getroffene Regelung Art. 41 EGKSv auszudehnen und analog Art. 177 EWGV die Vorabentscheidung des GH auch im Bereich des EGKSv zuzulassen⁵³⁾. Im übrigen ist es Aufgabe von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, mit der Neuartigkeit des europäischen supranationalen Rechts und den daraus sich ergebenden Schwierigkeiten gemeinsam fertig zu werden⁵⁴⁾. Auch die praktische Rechtsanwendung vermag ihren Beitrag zu leisten, die noch bestehenden Ungleichheiten zu überwinden und an der Entwicklung gemeinsamer Grundsätze und eines einheitlichen Rechts der europäischen Verträge mitzuwirken.

2. K A P I T E L =====

Vereinbarkeit zivilrechtlicher Folgen mit dem Diskriminierungsverbot und dem Verbot des unlauteren Wettbewerbs

Wenn auch festzustellen ist, daß der öffentlich-rechtliche Charakter des EGKSv die Anwendung nationalen Rechts zur Bestimmung zivilrechtlicher Folgen einer Vertragsverletzung durch die Unternehmen nicht verbietet, so ist hiermit keineswegs schon Klarheit darüber geschaffen, ob auch der Verstoß gegen das Verbot unlauterer und diskriminierender Wettbewerbspraktiken zivilrechtliche Wirkungen, insbesondere Schadensersatzansprüche des Verletzten, zur Folge hat. Es ist denkbar, daß im konkreten Fall ein zivilrechtlicher Schutz mit Art. 60 § 1 gar nicht

53) Diesen Vorschlag macht VAN RAAY, aaO.S.440 f.

54) Vgl. HAUSEMANN, S. 3 f.

vereinbar ist. Die Entscheidung hierüber hat zur Voraussetzung, daß der Schutzzweck der Vorschrift bestimmt ist, und zwar genau abgegrenzt für jedes einzelne in Art. 60 § 1 ausgesprochene Verbot.

Den Gedanken über den Schutzzweck soll jedoch eine kurze Erläuterung des Tatbestandes des unlauteren Wettbewerbs und der Preisdiskriminierung vorausgehen. Die Darstellung kann sich allerdings beschränken auf die gestraffte Wiedergabe einiger in der umfangreichen Literatur vertretenen Meinungen.

Eine weitere erschöpfende Untersuchung über den Begriff der Preisdiskriminierung und des unlauteren Wettbewerbs im EGKSV erscheint angesichts der bereits vorhandenen Arbeiten nicht nur wenig fruchtbar, - sie ist auch für die Lösung der hier gestellten Aufgabe entbehrlich. Eine Erörterung der Rechtsfolgen darf den Tatbestand, an den die Rechtsfolgen geknüpft sind, als gegeben und bekannt voraussetzen. Gleichwohl ist klarzustellen, von welchen Begriffen als Arbeitsgrundlage ausgegangen wird.

1. Abschnitt: Definition des unlauteren Wettbewerbs und der verbotenen Diskriminierung

1) Der unlautere Wettbewerb i.S.d.Art. 60 § 1

Es gibt nicht d e n Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs. Welches Geschäftsgefahren eines Unternehmens eine "Praktik unlauteren Wettbewerbs" ist, läßt sich nur im Einzelfall bestimmen. Wie die nationale Gesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb (vgl. § 1 UWG) enthält auch der Vertrag mit diesem Verbot einen ausfüllungsbedürftigen Blanketttatbestand¹⁾. Eine besondere Funktion bei der Bestimmung der unlauteren Praktiken kommt der HB zu auf Grund der Ermächtigung des Art.60 § 1

1) Zum folgenden vgl. LANG, S.199.

Abs.2. Von dieser Befugnis, die verbotenen Praktiken näher zu bezeichnen, hat die HB in den Entscheidungen 30/53, 1/54, 3/58²⁾ Gebrauch gemacht, ohne allerdings - wie es ratsam gewesen wäre - eine genaue Unterscheidung zu treffen zwischen den unlauteren und den diskriminierenden Praktiken. Da sich der Tatbestand der Diskriminierung abstrakt leichter abgrenzen läßt, wird man alle Bestimmungen der genannten Entscheidungen, die nicht den Tatbestand der verbotenen Diskriminierung erfüllen können, als Bezeichnung unlauterer Praktiken i.S.d. Art.60 § 1,1 verstehen müssen³⁾. In diesen Entscheidungen hat die HB einen engen Zusammenhang hergestellt zwischen den unlauteren Praktiken einerseits und der Verpflichtung der Unternehmen andererseits, nach Art. 60 § 2 ihre Preislisten zu veröffentlichen und einzuhalten. Obwohl das Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken im EGKSV nur auf dem "Gebiet der Preise" gilt, dürfte der Ansicht LANGs⁴⁾ allerdings nicht zu folgen sein, in jeder Verletzung der Veröffentlichungspflicht bzw. in jeder Abweichung von den Listenpreisen auch den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs erfüllt zu sehen. Vielmehr wird man trotz der Verknüpfung mit den preisrechtlichen Vorschriften dem Merkmal der Unlauterkeit auch im Gemeinschaftsrecht Beachtung schenken müssen. Der Begriff ent-

2) ABl. 53,109; 54,217; 58,157; dazu die Urteile des GH Rs 1-4/54, 5/55 Rspr. I S. 7 ff., 131 ff., 189 ff., 275 ff.

3) Vgl. die Art. 3 I, 4 I, 5, 5 I, 6 II der Entsch. 30/53, Art. 1 I 1 der Entsch. 1/54, die von LANG, S. 201 ff. eingehend untersucht werden.

4) LANG, S. 203.

hält in jedem Falle einen moralischen Vorwurf, der dann konkret in dem tatsächlichen Verhalten des Unternehmens auch seine Stütze finden muß. Da der gemeinschaftliche Terminus "Praktiken unlauteren Wettbewerbs" keine völlige Neuschöpfung ist, sondern die nationalrechtlichen Begriffe "concurrency déloyale et illicite" und "unlauteren Wettbewerb" bereits voraussetzt, kann zu seiner Auslegung und Ausfüllung im Einzelfalle auf die in den Mitgliedstaaten entwickelten Rechtsgrundsätze und das dort vorhandene Entscheidungsmaterial zurückgegriffen werden ⁵⁾. Diese Methode der Rechtsfindung, nämlich der Aufspürung sogenannter "principes généraux" als Rechtsquellen für eine zu fällende Entscheidung, ist im internationalen und übernationalen Recht nicht nur anerkannt, sondern oftmals der alleinige Weg bei der Auslegung und Fortbildung des Vertragsrechts ⁶⁾. Der besondere Charakter und die gemeinschaftsrechtliche Zielsetzung des EGKSV (Art. 2,3,4 !) sind freilich stets zu berücksichtigen. Sie sind für jede Auslegung Richtschnur und werden nicht selten zu einer Modifizierung der nationalrechtlichen Prinzipien führen ⁷⁾.

Einen Fall der unlauteren Wettbewerbspraktiken charakterisiert der Vertrag selbst, indem er "vor allem die nur vorübergehenden oder nur örtlichen

5) LANG, S. 199, der auch auf den Zusammenhang mit dem amerikanischen Begriff "unfair methods of competition" aufmerksam macht und hierzu einige beispielhafte Fälle der amerikanischen Rechtsprechung erläutert (S. 186 ff.)

6) Vgl. dazu MATHIJSEN, S. 108 ff., 110, 139 ff. mit ständigen Hinweisen auf die Spruchpraxis des GH S.109-126; vgl. bes. GH verb. Rs 7/56, 3-7/57 Rspr.III, S. 83 ff., 118 ff., auch Rs. 8/56 Rspr. III S. 189 ff, 200; ebenso ZWEIGERT, RabZ. 51, 387 (395); REUTER, S. 42 f; FR.JERUSALEM, S. 76 ff., 83; WOLANY, A.O. IV, S.232.

7) Zu eng allerdings BALLERSTEDT, S.35, die Unlau-

Preissenkungen, die auf die Erlangung einer Monopolstellung innerhalb des Gemeinsamen Marktes gerichtet sind", verbietet. Die hier zum Ausdruck gebrachte besondere Zielrichtung des Verbotes bedeutet eine weitere Auslegungshilfe⁸⁾ zur Bestimmung der spezifisch montanrechtlichen Unlauterkeit. Die Monopolisierung des Marktes und damit die Einschränkung des Wettbewerbs mehrerer Unternehmen durch eine bestimmte Methode der Preispolitik gilt in besonderem Maße als unlauter⁹⁾ im Sinne des Vertrages.

2.) Die verbotene Diskriminierung i.S.d.Art.60 § 1,2.

a. Wie erwähnt, würde es eine Untersuchung für sich erfordern, sollte an dieser Stelle versucht werden, abermals den Begriff der Preisdiskriminierung zu bestimmen und den Tatbestand genau abzugrenzen. Die Literatur hierüber ist Legion¹⁰⁾. Unterschiede in den Auffassungen der Autoren ergeben sich vor allem in der Auswahl jeweils verschiedener Kriterien für die Vergleichbarkeit der gleich zu behandelnden Tatbestände, aber auch in den z.T. sehr weit auseinandergehenden Interpretationen der allgemeinen Zweckbestimmung des Diskriminierungs-

terkeit eines Marktverhaltens könne immer nur in einer Verletzung der besonderen Rechte und Pflichten liegen, die der Gemeinsame Markt begründe. Gegen Ballerstedt auch LANG, S.200.

- 8) Das wird sich auch in der Untersuchung über den Schutzzweck des Verbotes erweisen (s.u.2. Abschn. S.46 ff.).
- 9) Vgl. hierzu das anschauliche von LANG, S.186 ff, 192 ff. untersuchte amerikanische Rechtsprechungsmaterial.
- 10) Hervorgehoben seien: ZIMMERMANN, S.97, 155-197; STEINDORFF, RabZ. 56, 270 ff.; MOSLER, ZaöRV 17, 407 ff. LANG, S.105 ff., bes.133; A. JERUSALEM, S.57 ff; HOCHBAUM, S. 52 ff; HACKENBRACHT, S. 75 ff; BALLERSTEDT, S.37 ff; MESTMÄCKER, WuW 55, 155 ff, WuW 57, 21 ff, 92 ff; MERTENS, a.a.O.; ZERR, S.3 ff. Ferner die Ent-

verbotes innerhalb der Marktordnung der Gemeinschaft, schließlich in etlichen Einzelfragen, wie etwa der Bestimmung des subjektiven Tatbestandes oder der Voraussetzung einer eingetretenen Benachteiligung des Diskriminierten etc.

In der Bestimmung des Tatbestandes der Preisdiskriminierung folgt die Untersuchung weitgehend dem Diskriminierungsbegriff A. JERUSALEMS¹¹⁾; die Erörterungen über den Schutzzweck der Vorschrift stimmen im wesentlichen überein mit den Überlegungen LANGS¹²⁾. Soweit es geboten erscheint, werden Hinweise auf abweichende Meinungen anderer Autoren in dem geeigneten Zusammenhang gegeben.

b. Art. 60 § 1,2 kennzeichnet die verbotene Diskriminierung selbst als "die Anwendung von ungleichen Bedingungen auf vergleichbare Geschäfte durch ein und denselben Verkäufer". Die Diskriminierung ist demnach zunächst völlig wertfrei als eine unterschiedliche Behandlung mehrerer Tatbestände zu verstehen. Mindestens zwei Geschäfte eines Unternehmens mit zwei verschiedenen Käufern¹³⁾ werden dabei einem Vergleich unterzogen. Der Vergleich findet auf zwei Ebenen statt:

- Es werden die Geschäftstypen, d.h. die besonderen qualifizierenden Geschäftsmerkmale (zur Bestimmung der vergleichbaren Geschäfte) und
- die auf diese jeweils angewendeten Geschäftsbedingungen (zur Bestimmung der ungleichen Bedingungen) verglichen.

Da Art. 60 § 1,2 nur die Preisdiskriminierung ver-

scheidungen der HB 30/53, 1/54, 2/54, 19/63 sowie des GH verb. Rs.1-4/54, 5/55 Rspr. I S. 7 ff., 79 ff, 131 ff.

11) A. JERUSALEM, S. 57 ff.

12) LANG, S. 106 ff.

13) LANG, S. 140 ff.

bietet, sind nur die Geschäftsbedingungen in die Betrachtung einzubeziehen, die unmittelbar und (oder) mittelbar - etwa durch Rabatte, Provisionen, Zahlungsfristen ohne entsprechende Zinsaufschläge - den Preis bilden. Die Entscheidung schließlich, ob die zu beurteilenden Geschäfte gleich oder überhaupt vergleichbar, und ob die Bedingungen ungleich sind, ist notwendig mit einer Wertung verbunden. Welche Kriterien hierfür als Maßstab zu nehmen sind, ist nicht einheitlich entschieden¹⁴⁾. Die Meinungsverschiedenheiten hierüber führen folgerichtig auch zu abweichenden Ergebnissen, wann nun im Einzelfall eine Diskriminierung anzunehmen ist. Richtschnur haben immer die spezifischen Vertragsziele und die Besonderheit der Marktordnung der Gemeinschaft zu sein. In Art. 60 § 1,2 besonders erwähnt ist, daß die unterschiedliche Nationalität der Käufer niemals die Gleichheit oder Vergleichbarkeit der Geschäfte ausschließt.

Aus dem Verbot der Diskriminierung ergibt sich für die Unternehmen, an die sich Art.60 wendet¹⁵⁾, die Verpflichtung, vergleichbare Tatbestände entsprechend

14) Vgl. ZIMMERMANN, S.155 ff (171), 197 ff; STEINDORFF, RabZ, 56 289 ff; HACKENBRACHT, S. 90-97. Auf eine klärende Stellungnahme muß (und kann) verzichtet werden, vgl. o. S. 23.

15) Das sind die Unternehmen i.S.d.Art.80, statt aller vgl. ZIMMERMANN, S. 141 ff., auch A.JERUSALEM, S. 80 f. Zur Erfassung der Unternehmen i.S. der Art. 80 vgl. KIESEWETTER, S. 45 ff. UIMER, Peter, Der Unternehmensbegriff im Vertrag der EGKS, 1960. Allgemein über die unmittelbaren Verpflichtungen der Unternehmen auf Grund der Vertragsbestimmungen und einzelner Maßnahmen der HB vgl. GRASSETTI, A.O. IV, S. 11-18.

gleich zu behandeln¹⁶⁾. Das Verbot stellt damit im Bereich des Wirtschaftsrechts eine Konkretisierung des in einer freiheitlichen Rechtsordnung allgemeine Gültigkeit¹⁷⁾ besitzenden Gleichheitsgrundsatzes dar¹⁸⁾. Dem entspricht eine gewisse Einschränkung der allgemeinen Handlungs- und Vertragsfreiheit. Die Unternehmen müssen "sich in Bezug auf einzelne Akte, die sie wiederholt vornehmen, typisch verhalten¹⁹⁾". Die Privatautonomie, von der auch der EGKSV ausgeht, erlangt ihre volle Bedeutung nur noch in der freien Entscheidung²⁰⁾ für das "erste Geschäft". Zutreffend hebt A. JERUSALEM²¹⁾ hervor, daß zum Diskriminierungsverbot notwendig ein Ermessens- und Handlungsspielraum der Unternehmen gehört; denn es sind nicht einzelne Tatbestände verboten, vielmehr knüpft das Diskriminierungsverbot jeweils erst an die von den Normadressaten zu gestaltenden Handlungen an. Aber die charakteristischen Merkmale dieses "ersten Geschäfts" be-

-
- 16) STEINDORFF, RabZ 56, 301 ff, unterscheidet Diskriminierungs v e r b o t und Gleichbehandlungsge b o t, entscheidet sich aber gleichwohl für die positive Definition. Wie hier ZIMMERMANN, S. 27, 28f, 97f, 123; A. JERUSALEM, S. 57, 60; HOCHBAUM, S. 52, 97; ZERR, S. 3. Vgl. v. SIMSON, Gem. Komm. § 101 Nr. 3, Rdnr. 13, zum allgemeinen Diskriminierungsverbot in Art. 4 lit. b: "Es ist das umfassendste in irgendeiner Gesetzgebung bekannte Gleichbehandlungsgebot."
- 17) Vgl. G. HUECK, S. 160 ff, 169, 2f; RAISER, JZ 58, 8, ders. in Kartelle und Monopole II, S. 531; STEINDORFF, Gleichheitssatz, S. 60; BIEDENKOPF, Grundsatzfragen, S. 30, 31.
- 18) LANG, S. 106 ff; STEINDORFF, RabZ. 56, 280; HOCHBAUM, S. 84 ff; Mosler, ZaöRV 17, 419; BALLERSTEDT, S. 37; KRAWIELICKI, S. 44; a. A. A. JERUSALEM, S. 62 f; im einzelnen dazu vgl. 2. Abschn. 2, (S. 35f).
- 19) A. JERUSALEM, S. 57; vgl. dazu HACKENBRACHT, S. 32.
- 20) KIESEWETTER, S. 78, 83.
- 21) A. JERUSALEM, S. 57 f.

stimmen bereits das spätere typische Verhalten. Das Unternehmen setzt sich eine Norm²²⁾, der es nunmehr für die Zukunft unterworfen ist. Deshalb ist auch diese Freiheit schon durch das Diskriminierungsverbot beschränkt: Der Inhalt der Norm muß die Gewähr für eine Gleichbehandlung bieten. Folglich kann die Diskriminierung

- in der Abweichung von der Norm,
- in der Aufstellung einer inhaltlich diskriminierenden Norm selbst liegen²³⁾.

Die Norm wird entweder durch die Preisliste, in der die typischen Geschäfte nach abstrakten Merkmalen und die in Aussicht gestellten Bedingungen gekennzeichnet sind, oder durch eine gleichmäßige Praxis des Unternehmens gebildet. Man sieht also, welcher Zusammenhang zwischen dem Diskriminierungsverbot und dem Preislistenzwang besteht, und inwiefern das Preislistensystem der Aufdeckung und Verfolgung von Diskriminierungen sowohl durch die HB als auch durch die Unternehmen dienen soll (Art. 60 § 2). Die Preise sind generell bestimmt und werden nicht individuell ausgehandelt, es sei denn, es handelt sich um ein atypisches Geschäft, das nicht in die Preisliste eingeordnet werden kann²⁴⁾. Im übrigen ist die Abweichung von der Preisliste nur dann keine Diskriminierung, wenn sie bei mehreren Geschäften gleich erfolgt, wenn also gleichsam eine neue Norm gesetzt wird. Es muß dann freilich, um nicht gegen Art. 60 § 2, a zu verstoßen, eine Änderung der Preisliste vorgenommen werden²⁵⁾:

22) A. JERUSALEM, S. 57.

23) Vgl. A. JERUSALEM, S. 58f, 84 f; vgl. zu dieser Unterscheidung auch MESTMÄCKER, WuW 57, 29; STEINDORFF, RabZ 56, 277.

24) A. JERUSALEM, S. 83, HB Entsch. 1/54 Art. 2 und die dazu ergangene Mitteilung AB1.4 (1955) S. 543.

25) A. JERUSALEM, S. 99 ff, KIESEWETTER, S. 116.

Die Diskriminierung kann durch aktives Tun oder durch Unterlassen²⁶⁾ begangen werden, sie kann in einer Begünstigung oder Benachteiligung²⁷⁾ bestehen, beim Vertragsabschluß²⁸⁾ oder in der Vereinbarung über den Vertragsinhalt erfolgen. Nicht erforderlich ist eine bestimmte diskriminierende Absicht²⁹⁾ des Verkäufers, ebensowenig ein wettbewerbsbeeinflussender Effekt³⁰⁾ der Diskriminierung.

3) Die Notwendigkeit der Trennung beider Verbote

Die HB hat in den Entscheidungen 30/53, 1/54 i.d.F. der Entscheidung 19/63³¹⁾ von der Befugnis, gemäß

26) BENISCH, Gem. Kom. § 26 Abs.2, Rdnr.48.

27) Vgl. BENISCH, Gem.Kom.aaO. Eine Benachteiligung und Schädigung des Diskriminierten ist m.E.nicht Tatbestandsvoraussetzung oder begriffsnotwendig für die Diskriminierung. A.A.MOSLER, ZaöRV 17 421, vgl. auch ZIMMERMANN, S.78 ff, 201 sowie HOCHBAUM, S. 101 ff; dazu die Entscheidung des GH verb. Rs. 3-18, 25, 26/58 Rspr.VI/1 S.411 f. Man könnte, dem Gedankengang FIKENTSCHERS, Wettb. Rsch., S.45 ff, folgend die effektiv nicht benachteiligende Diskriminierung als formelle und die effektiv benachteiligende als materielle Diskriminierung bezeichnen.

28) Zu der Frage, ob ein Kontrahierungszwang besteht, vgl. u. 4 Kap. 2. Abschn. 2).

29) MOSLER, aaO., S.421 f; HOCHBAUM, S.99 f; ZERR, S. 5 ff. vgl. auch ZIMMERMANN, S. 80, 369, KRAWIELICKI, S. 22, GENTZ, WuW 61,600 (zu § 26 Abs. 2 GWB).

30) BALLERSTEDT, S. 40; A. JERUSALEM, S.53; LANG, S.115, 288; STEINDORFF, RabZ 56,288; HOCHBAUM, S. 98 f; a.A. DERINGER, WuW 55, 151 ff und 57, 594, ihm folgend wohl auch v.SIMSON, WuW 57, 598.

31) Abl. v. 24. Dez. 1963, S. 2969 f., vgl. Bekanntm. der HB über den geänderten gegenwärtig gültigen Wortlaut der Entscheidung 30/53, abgedr. in HdB. d. MU, V 311, S. 31 ff.

Art. 60 § 1 Abs.2 die verbotenen Praktiken näher zu bezeichnen, nur unvollkommen Gebrauch gemacht. Sie erläutert nur das "durch Art. 60 § 1 des Vertrages verbotene Verhalten", ohne eine Unterscheidung zu treffen, ob die genannten Tatbestände eine unlautere oder eine diskriminierende Praktik darstellen. Dieses Versäumnis der HB ist vielfach³²⁾ bedauert worden. Eine genaue Trennung der beiden Verbote würde zur schärferen Interpretation des Art. 60 beitragen und den Unternehmen eine bessere Richtschnur für ihr Verhalten geben. Sie wäre aber auch rechtssystematisch wünschenswert. Es handelt sich um zwei ganz verschiedene Tatbestände, die auch in der nationalen Gesetzgebung unterschiedlichen Gesetzen unterliegen, denen auch - wie sich im folgenden erweisen wird - jeweils ein anderer Schutzzweck zugrunde liegt, so daß sich auch verschiedene zivile Rechtsfolgen ergeben. Eine genaue Erfassung und Trennung beider Tatbestände, hier des Verbotes unlauterer Wettbewerbspraktiken - dort des Verbotes der Preisdiskriminierung, ist deshalb erforderlich und der Wissenschaft und Rechtsprechung als Aufgabe gestellt.

2. Abschnitt: Schutzzweck des Verbots des unlauteren Wettbewerbs und der Preisdiskriminierung.

Den Schutzzweck des Art. 60 § 1 zu ermitteln, bedarf es wiederum der Interpretation des gesamten Vertragstextes³³⁾. Es handelt sich um eine wirtschaftsrechtliche Vorschrift; sie steht im Zusammenhang mit den übrigen die Wirtschafts- und Wett-

32) Vgl. ZIMMERMANN, S. 100 f.; LANG S. 109, 201.

33) HOCHBAUM, S. 98; HACKENBRACHT, S. 75; LAGRANGE, in der Rs 1/54 Rspr. I S. 56 f.

bewerbsordnung des Gemeinsamen Marktes bestimmten Artikeln des Vertrages³⁴⁾; und schließlich sind sowohl das Verbot des unlauteren Wettbewerbs wie das Diskriminierungsverbot ihrer Geschichte und ihrer Wirkung nach nicht zu trennen vom Wettbewerb. Es ist zu klären, welcher Zusammenhang besteht zwischen den Verböten des Art. 60 § 1 und dem Prinzip des Gemeinsamen Marktes, um schließlich entscheiden zu können, ob Art. 60 § 1 auch den Schutz einzelner bezweckt.

- 1) Die dem Verbot zugrunde liegende Wirtschaftsordnung.

Über die dem Gemeinsamen Markt zugrunde liegende wirtschaftstheoretische und -politische Konzeption besteht auch heute keine einhellige Meinung³⁵⁾. Die Wirtschaftstheorie unterscheidet in der Betrachtung des wirtschaftlichen Gesamtgeschehens zwei reine Ordnungsformen als Denkmodelle:

- Die Zentralverwaltungswirtschaft (Planwirtschaft),
- die Verkehrswirtschaft (Marktwirtschaft)³⁶⁾.

Die Verfechter beider Systeme sehen ihre Theorien im EGKSV verkörpert³⁷⁾. Dabei konnten die Befürworter der Planwirtschaft für sich anführen, daß der Schumanplan sich an den Monnetplan anlehne und

34) Vgl. o. 1. Kap., 1. Abschn. 1), 2. Abschn. 1).

35) Vgl. den von A. JERUSALEM, S. 39, gegebenen Überblick über die vertretenen Meinungen; ferner HACKENBRACHT, S. 83.

36) Eine kurze Charakterisierung gibt FREY, S. 22 ff., grundlegend EUCKEN, Grundsätze S. 21 ff.

37) Vielfach wurde der Vertrag auch von Anhängern des Liberalismus als Instrument einer Planwirtschaft abgelehnt, vgl. HAUBMANN, S. 56 ff., vgl. Zitat der "Deutschen Zeitung und Wirtschaftszeitung" Nr. 37 v. 9.5.1953 in WuW 53, 356.

diesen in überstaatlicher Form fortführe. Sie verweisen auf die umfangreichen verwaltenden und lenkenden Befugnisse der HB. Der Monnetplan organisierte zentral die nationale französische Schwerindustrie und schuf zum Zwecke der Planung und Lenkung das Commissariat Général du Plan de Modernisation et d'Equipement³⁸⁾. Darin manifestiert sich fraglos ein dirigistisches Konzept, welches dann auch zu dem französischen Vorschlag der Schaffung eines "marché unique" bei den Vorbereitungen des Vertrages geführt hat. Dieser "marché unique" sah einheitlich festgesetzte Preise für Kohle und Stahl im gesamten Geltungsbereich des Vertrages vor, gekoppelt mit einem komplizierten Ausgleichs- und Stützungssystem³⁹⁾. Der Plan stieß jedoch in den Beratungen auf einheitliche Ablehnung⁴⁰⁾.

Man einigte sich auf die Schaffung eines "marché commun"⁴¹⁾, in dem nach Art. 2 Abs.2 die Gemeinschaft in fortschreitender Entwicklung die Voraussetzungen zu schaffen hat, die v o n s i c h a u s die rationellste Verteilung der Erzeugung auf dem höchsten Leistungsstande sichern⁴²⁾. Nach Art. 5 Abs.2, 3.Halbs. sorgt sie für die Schaffung, Aufrechterhaltung und Beachtung normaler W e t t - b e w e r b s bedingungen und greift in den Markt nur dann direkt ein, wenn es die Umstände erfordern⁴³⁾.

38) HAUSMANN, S. 12 ff., KLEPS, S. 16.

39) HOCHBAUM, S. 40 ff., STEINDORFF, RabZ 56,284.

40) HACKENBRACHT, S.82.

41) HOCHBAUM, S. 44.

42) Vgl. dazu GH verb. Rs. 27-29/58 Rspr. VI/1 S.540; auch schon GH Rspr. II S. 92.

43) Art.5 enthält damit den Grundsatz des sog. "Interventionsminimums" der Gemeinschaft, vgl. HACKENBRACHT, S. 83; MESTMÄCKER, WuW 57, 32; Steindorff, Berichte, S. 100.

Der Wortlaut dieser Bestimmungen sowie auch Wortlaut und Sinn der Art. 65, 66 lassen erkennen, daß im Gemeinsamen Markt Wettbewerb herrschen soll. Man kann in Anlehnung an FIKENTSCHER⁴⁴⁾ die Ziel-Mittel-Relation des Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft so kennzeichnen, daß das

- Ziel die Versorgung auf dem höchsten Leistungsstande ist (insoweit überwiegt eine öffentliche Zweckbestimmung) und das
- Mittel in der privaten Initiative der Mitbewerber gesehen wird.

Der Fassung des Art. 60 liegt der Wille der Vertragsschließenden zugrunde, daß die Unternehmen die Preise selbst bestimmen und sich am Markt orientieren sollen mit einem, wenn auch nach § 2 beschränkten Angleichungsrecht an Preise der Konkurrenten⁴⁵⁾. So herrscht inzwischen auch Einigkeit darüber, daß der Vertrag nicht dem Konzept des reinen Dirigismus und Staatsinterventionismus folgt.

Wo Wettbewerb herrschen soll, muß es einen Markt geben, der den Wettbewerb entstehen und sich entfalten läßt. Der Vertrag selbst spricht in Art. 1, 2 und 4 von der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes, auf dessen Grundlage sich die Wirtschaft der Gemeinschaft entwickeln soll. Beide Begriffe - Wettbewerb und Markt - deuten hin auf eine marktwirtschaftliche Grundkonzeption der EGKS. Die nähere Betrachtung aber zeigt, daß in ihnen nicht mehr als ein Indiz für die tatsächliche Wirtschaftsordnung der Gemeinschaft gesehen werden kann.

44) FIKENTSCHER, Wettb. Rsch., S. 44.

45) Die Angleichungsbefugnis soll die Starrheit des Preislistensystems abschwächen und betont somit wieder den Wettbewerbsgedanken; vgl. KIESEWETTER, S. 124.

Zunächst verbietet sich ohnehin eine Gleichsetzung von Wettbewerb bzw. Wettbewerbswirtschaft und Marktwirtschaft⁴⁶⁾. Der Wettbewerb ist eine von mehreren denkbaren Marktformen innerhalb des Wirtschaftssystems der Marktwirtschaft. Mit dem System "Marktwirtschaft" sind sowohl reines Monopol wie vollständige Konkurrenz - im Sinne wirtschaftstheoretischer Grenzfälle - und alle zwischen diesen Extremen denkbaren Mischformen vereinbar⁴⁷⁾. Davon abgesehen hat aber auch die Neuartigkeit des Gemeinsamen Marktes, der Integrierung der einzelstaatlichen, unterschiedlichen Bedingungen unterliegenden Wirtschaftszweige anstrebt, eine Modifizierung der klassischen Marktwirtschaft zur Folge. Mit der Ausstattung der HB mit supranationaler Hoheitsgewalt hat diese auch die Befugnis zur wirtschaftspolitischen Lenkung des Wirtschaftsablaufes bis hin zu direkten⁴⁸⁾ Eingriffen in die Erzeugung und den Markt erhalten (Art. 3,⁴⁹⁾ 4, 5, 8, 46, 47, 57-59). Der Vertrag hat also, den wirtschaftlichen und politischen Gegebenheiten des europäischen Montanmarktes Rechnung tragend, einen - wenn man so will "pragmatischen" - Mittelweg eingeschlagen⁵⁰⁾.

46) Vgl. die Klarstellung bei FREY, S. 27 ff.

47) FREY, S. 27.

48) In der Regel jedoch indirekt durch "marktkonforme" Mittel, die den Wettbewerb nicht ausschalten; KERN, S. 10, HALLSTEIN, Probleme, S. 11.

49) Vgl. dazu A. JERUSALEM, S. 37 ff; HALLSTEIN, Ansprache, S. 15, sieht in Art. 3, c eine Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips; ähnlich MESTMÄCKER, WuW 57, 30.

50) Vgl. die Bemerkung von OPHÜLS, NJW 51, 381, man habe sich nicht für das eine oder andere Wirtschaftssystem entschieden, sondern die Entwicklung in verschiedenen Richtungen offen lassen wollen. Vgl. KIESEWETTER, S. 56, 97; LANG, S. 21, 23.

Man mag deshalb mit Recht die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft als "gemäßigt liberale Wirtschaftsordnung"⁵¹⁾ bezeichnen, obwohl mit dieser Formulierung dem liberalistischen Prinzip angesichts der zahlreichen einschränkenden Bestimmungen des Vertrages noch immer zu viel Gewicht verliehen sein dürfte. Der Grund aber für die Durchbrechung des reinen marktwirtschaftlichen Systems liegt nicht allein in der bereits seit 50 Jahren erfolgten geschichtlichen Überwindung des klassischen Liberalismus⁵²⁾ und in den besonderen Gegebenheiten eines oligolistisch⁵³⁾ strukturierten und überaus kapitalintensiven⁵⁴⁾ und unelastischen⁵⁵⁾ Marktes, wie ihn die Kohle und Eisen- und Stahlindustrie darstellt, - sondern auch und gerade in dem besonderen Sinn und Zweck des Vertrages, eine Europäische Gemeinschaft⁵⁶⁾ zu bilden. In dem Begriff "Gemeinsamer Markt" sind deshalb beide, die Wirtschaftsordnung der EGKS prägenden Prinzipien enthalten, - Marktwirtschaft unter Kontrolle und Lenkung einer supranationalen Behörde⁵⁷⁾. Man hat für die Gemeinschaft sehr tref-

-
- 51) KRAWIELICKI, S. 1f, 5f; OPHÜLS, aaO. und ZHR 124, 148 ff; KIESEWETTER, S. 52; KERN, S. 11; SCHLOCHAUER, ArchVÖR 1955, 40 ff, 59.
- 52) Vgl. bes. HAUBMANN, S. 11 ff, 56 ff; FREY, S. 25 unter Hinweis auf Wessels und v. Stackelberg.
- 53) HACKENBRACHT, S. 37, 84; KLEPS, S. 27; WAGENFÜHR-Bericht, S. 56.
- 54) MESTMÄCKER, WuW 57,30; KERN, S. 11; A. JERUSALEM, S. 37.
- 55) A. JERUSALEM, S. 16,20 f.
- 56) Vgl. KIESEWETTER, S. 29-34 ff., zuweit gehend aber wohl S. 33.
- 57) A. JERUSALEM, S. 49 ff., legt der Gemeinschaft den Charakter einer Organisation für Wirtschaftslenkung auf der Grundlage einer Wettbewerbswirtschaft bei.

fend den Begriff "concurrence loyale et réglée"⁵⁸⁾ geprägt.

2) Die Bedeutung des Gleichheitssatzes.

Oberstes Prinzip der Gemeinschaft ist also die Integration nationaler Teilmärkte⁵⁹⁾, die vordem nach der Eigengesetzlichkeit nationaler Wirtschaftspolitik funktionierten⁶⁰⁾. Die in der einzelstaatlichen Kompetenz verbliebene nationale Währungs-, Steuer-, Konjunktur- und Sozialpolitik ist auch weiterhin von erheblichem desintegrierenden Einfluß auf die Kohle- und Stahlwirtschaft. Der Gemeinsame Markt mit einer gewollten integrierenden Wirkung bliebe aber nur Programm, suchten nicht der Vertrag und die Maßnahmen der HB diesen - z.T. auf den Nachteilen der vorläufigen, z.T. auf den Nachteilen der vorläufigen Teilintegration beruhenden - Tendenzen entgegenzuwirken. Eine gemeinsame europäische Wirtschaft und ein darauf wachsendes europäisches Bewußtsein haben zur Voraussetzung, daß innerhalb der Gemeinschaft zwischen den zu vereinigenden Märkten ein Gleichgewicht⁶¹⁾ geschaffen und für die Zukunft

58) REUTER, S. 143; vgl. CONSTANTINESCO, A.O. II, S. 221, ZIMMERMANN, S. 25, KIESEWETTER, S. 52 f, HAUBMANN, S. 11 ff, 56 ff; HALLSTEIN, Probleme, S. 10, spricht von "organisierter Konkurrenz".

59) Vgl. STEINDORFF, Berichte, S. 101; "Vorrang des Gemeinsamen Marktes vor allen anderen Prinzipien des Vertrages."

60) Dazu KLEPS, S. 26 ff.

61) Vgl. HAUBMANN, S. 67: "Dieses innere Gleichgewicht im Rahmen und im Verhältnis der Verbandsmitglieder zueinander aufrechtzuerhalten, mag eine der vornehmsten und schwierigsten Aufgaben der künftigen Entwicklung der MU sein und bleiben. Er mag gleicherweise der HB wie notfalls dem hohen Gerichtshof als vornehmste Aufgabe zufallen." Vgl. KIESEWETTER, S. 40 f., ZIMMERMANN, S. 98, STEINDORFF, RabZ 56, 280, MOSLER, ZaöRV 17, 419 f, LANG, S. 111 f, HOCHBAUM, S. 44-48.

erhalten⁶²⁾ wird. Wo die nationalen Grenzen fallen zum Zwecke der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem Gemeinsamen Markt, ist oberstes Gebot, für den Erfolg die Gleichheit aller Beteiligten. Damit kommt dem Gleichheitsgrundsatz innerhalb der Gemeinschaft eine beherrschende Stellung zu⁶³⁾. Und zwar, da es sich um eine politische und wirtschaftliche Gemeinschaft mehr denn um eine staatliche Gemeinschaft handelt, erlangt der Gleichheitsgrundsatz Geltung in einem weitest denkbaren Umfang⁶⁴⁾. Wirtschaftliche, politische und rechtliche Gleichheit muß herrschen

- zwischen den Mitgliedstaaten,
- im Verhältnis der Mitgliedstaaten gegenüber den Organen der Gemeinschaft,
- zwischen den einzelnen Unternehmen und Unternehmensverbänden als Privaten und als mehr oder weniger großen Wirtschaftseinheiten⁶⁵⁾,
- im Verhältnis der Unternehmen als Privater gegenüber der hoheitlichen Gewalt der Organe der Gemeinschaft.

Da diese umfassende Geltung des Gleichheitssatzes unmittelbar an das Prinzip des Gemeinsamen Marktes geknüpft ist, sind Gleichheit und Gleichgewicht auch allen übrigen für die Gemeinschaft bedeutsamen Grundprinzipien überzuordnen.

62) Vgl. Art. 66 § 2 Abs.2 und KRAWIELICKI, S.69 f, ferner Art. 60 § 2 Abs.2,

63) Vgl. LANG, S. 112 ff.

64) Vgl. für das GWB auch BIEDENKOPF, BB 56,974 und Grundsatzfragen, S. 30/31.

65) Vgl. GH Rs 66/63 Rspr.X S. 1179 f (Nr. 1597 in Eur.Rspr.). Vgl. auch die Bemerkungen PREDÖHLS, Probleme, S.19 zu den Absatzrädien der Unternehmen sowie A. JERUSALEM, S. 101 Fußn.420.

3) Die Bedeutung des Wettbewerbs

Diese Auffassung erfordert die Korrektur einiger Autoren⁶⁶⁾, die dem Wettbewerb den Rang eines Vertragszieles beilegen. Der Wettbewerb selbst sei oberstes Prinzip der Wirtschaftsordnung und mit den zur Verfügung stehenden Mitteln sicherzustellen. Eines dieser Mittel sei das Diskriminierungsverbot. Es diene deshalb unmittelbar dem Schutze des Wettbewerbs⁶⁷⁾. Diese Auffassung wird in erster Linie mit dem Hinweis auf Art. 2 Abs.2 begründet; ferner werden Art. 3 lit. a-c, Art.4 lit. b in diesen Zusammenhang gestellt.

Unstreitig will der Gemeinsame Markt den Wettbewerb (vgl. Art.5 Abs.2,3. Halbs., Art. 65,66). Die gesamte Kohle- und Stahlproduktion innerhalb der Gemeinschaft, zu der die einzelnen Staaten in sehr unterschiedlichem Maße beitragen, soll ungeachtet der ungleichen Produktionsquoten allen Mitgliedstaaten in gleicher Weise zugute kommen. In der rationellsten Weise⁶⁸⁾ und auf dem höchsten Leistungsstande mit dem Erfolg der Hebung des allgemeinen Lebensstandards (Art.2) kann dies jedoch nur erreicht werden, wenn natürliche - nicht infolge staatlicher Maßnahmen künstliche - Standortvorteile und konkurrierende Unternehmerinitiative als fördernd anerkannt und deshalb

66) Vgl. die bei STEINDORFF, RabZ 56,281 Fußn.40 Zitierten, ferner JÜRGENSEN, S.258, DERINGER, WuW 55,148 f und 57,594, ders.BB 55,113 ff.

67) KRAWIELICKI, S.5; DERINGER, aaO; dagegen vor allen STEINDORFF, Berichte, S. 112.

68) Vgl. A. JERUSALEM, S. 47, der auch in diesem Zusammenhang auf die Wichtigkeit der Gleichheit der Bedingungen hinweist.

gewahrt bleiben⁶⁹⁾. Dieser Erkenntnis folgt der Vertrag⁷⁰⁾, weshalb er nicht eine behördliche Planung und Verteilung vorsieht, sondern diese vielmehr von sich aus, d.h. über den Markt durch natürliche Bevorzugung der günstigsten Produktivität, geregelt wissen will (Art.2, Abs.2)⁷¹⁾. Das aber heißt, den Wettbewerb als diesem Ziele dienend und förderlich schaffen und aufrechterhalten. Die leistungssteigernde Funktion des Wettbewerbs ist anerkannt⁷²⁾. Gleichzeitig vermag er das politisch wünschenswerte und erforderliche Gleichgewicht innerhalb der Gemeinschaft, zwischen den Staaten und den Unternehmen frei auszubalancieren, solange normale wirtschaftliche Verhältnisse herrschen⁷³⁾. Der Wettbewerb ist damit aber nur als Mittel zur Erreichung der Vertragsziele gewährleistet, er ist nicht selbst anzustrebendes Vertragsziel⁷⁴⁾. Das wird deutlich, wenn man sich die Befugnisse der HB zu direkten Eingriffen vor Augen führt, insbesondere die in Art. 58,59 und 61⁷⁵⁾ ausgesprochenen Ermächtigungen. Das Gleichgewicht soll

- bei normalen Verhältnissen durch Wettbewerb,
- bei Störungen durch Eingriffe der HB

hergestellt werden⁷⁶⁾. "In einem Konflikt zwischen

69) Vgl. FREY, S. 39.

70) A. JERUSALEM, S.21 f; LANG, S. 19 ff,22; KERN, S.6, 8 f; KLEPS, S.27 f, HALLSTEIN, Probleme, S. 5 ff, KIESEWETTER, S. 116 f.

71) MESTMÄCKER, WuW 57,30.

72) Vgl. 13. GESAMTBERICHT 1965, S. 183.

73) KERN, S.9, vgl. auch MEYER-CORDING, WuW 62,462.

74) Vgl. insbes. LANG, S. 115 und STEINDORFF, RabZ 56, S.282,287; ders., Berichte, S.102; KERN, S. 10; ebenso MESTMÄCKER, WuW 57,32, nicht so klar unterschieden jedoch in Kartelle und Monopole I, S. 309 f. Vgl. ferner HOCHBAUM, S.46, 102 sowie HACKENBRACHT, S. 48,85.

75) Vgl.dazu KIESEWETTER,S.89 ff,FREY,S.112 ff,128ff.

76) A. JERUSALEM, S.76.

den Erfordernissen des Wettbewerbs und den Zielen der Gemeinschaft hat der Wettbewerb zurückzutreten" 77). Es ist durchaus auch eine Entwicklung denkbar und vom Vertrage nicht ausgeschlossen, in der der Wettbewerb seine führende Steuerungsfunktion verliert 78).

4) Einordnung der beiden Verbote in die Wirtschaftsordnung der EGKS

a) Das Verbot der Preisdiskriminierung

Aus diesen Überlegungen wird der Zusammenhang, der zwischen dem Gleichheitssatz, dem Wettbewerb und dem Diskriminierungsverbot besteht, deutlich. Seiner Bedeutung entsprechend ist das die gesamte politische, wirtschaftliche und rechtliche Problematik des Vertrages beherrschende Prinzip des "Gemeinsamen Marktes" in den Art.1 und 2 dem ganzen Vertragswerk vorangestellt. Art.4 stellt dann die Grundregeln 79) auf, die das Wesen des Gemeinsamen Marktes bestimmen. Jede Interpretation des Textes und jeder Lösungsversuch aller mit der Verwirklichung des Vertrages verbundenen Probleme haben sich deshalb an diesem Grundprinzip zu orientieren. Das wird von A. JERUSALEM 80) bei der Zweckbestimmung des Diskriminierungsverbots nicht genügend beherzigt. Er ordnet das Diskriminierungsverbot wie das ganze Wettbewerbsrecht des Vertrages dem Ziel der rationellsten Verteilung der Erzeugung innerhalb des Gemeinsamen Marktes (Art.2 Abs.2) unter. Dieses Ziel setzt aber das Bestehen und Funktionieren des Gemeinsamen

77) MESTMÄCKER, WuW 57,32; STEINDORFF, Berichte S. 106 ff.

78) Das beweisen die nach Art.61 ergangenen Entscheidungen der HB 6,7/53, in denen Höchstpreise für Kohle festgesetzt werden. Vgl. ferner die Ausführungen des GH Rs 1,2/54 und Rs 66/63 Rspr. X S.1180 f (Nr.1598 in Eur. Rspr.); siehe dazu auch WAGENFÜHR-BERICHT, S.357 f. und 13.Ges.BERICHT S. 184 f.

79) A. JERUSALEM, S.25; STEINDORFF, S.99 f.

80) A. JERUSALEM, S.63,66

Marktes voraus. Der unrichtige Ausgangspunkt Jerusalems führt ihn zu dem Ergebnis, das Diskriminierungsverbot lediglich als positivistische, hoheitliche Schutzmaßnahme zur Sicherung der montanrechtlichen Marktordnung zu bestimmen. Diese Auffassung wird der Bedeutung des Diskriminierungsverbots nicht gerecht, wie die folgenden Überlegungen zeigen werden.

Art. 1 besagt, daß die EGKS auf einem Gemeinsamen Markt beruht, und nach Art. 2 Abs.1 verwirklicht die Gemeinschaft ihre Ziele und Aufgaben auf der Grundlage eines Gemeinsamen Marktes, wie er in Art.4 näher bestimmt ist. Zu den in Art.4 enthaltenen Marktgrundsätzen zählt auch lit.b das allgemeine Diskriminierungsverbot. Diskriminierende Praktiken sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und deshalb untersagt. Die Stellung im Textzusammenhang zeigt aber schon, daß das allgemeine Diskriminierungsverbot unmittelbar der Verwirklichung und Sicherung des Gemeinsamen Marktes dienen soll ⁸¹⁾. Das gilt nicht anders für das Verbot der Preisdiskriminierung ⁸²⁾. In Art. 60 § 1 ist das allgemeine Diskriminierungsverbot lediglich noch einmal für das Gebiet der Preise konkretisiert ⁸³⁾. Und zwar ist eine unmittelbare Verpflichtung der Unternehmen ausgesprochen. Auf Art.4 ist ausdrücklich Bezug genommen. Gerade auch das Preisrecht der Art.60 ff. mit dem System der veröffentlichten Preislisten und dem besonders hervorgehobenen Verbot der Diskriminierung nach Nationalität ist in besonderem Maße ausgerichtet auf einen integrierten bzw. zu integrierenden Markt. Das Diskriminierungsverbot ist also schlechthin, d.h.

81) A. JERUSALEM, S. 47.

82) A. JERUSALEM, S. 47.

83) ZIMMERMANN, S. 83 f., HOCHBAUM, S. 54.

sowohl in Art. 4 wie auch in Art. 60 dazu bestimmt, unmittelbar dem Integrationswillen der vertragsschließenden Staaten zum Durchbruch zu verhelfen. Welche zentrale Bedeutung während des Integrationsprozesses und später - zur Aufrechterhaltung der integrierten Gemeinschaft - dem Gleichheitssatz zukommt, wurde bereits herausgestellt. Die Errichtung des Gemeinsamen Marktes wäre aber nur unvollkommen, gälte die Pflicht zur Gleichbehandlung nur im politisch-hoheitlichen Bereich, in dem nur die Organe der Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten den Gleichheitsgrundsatz zu beachten hätten. Die mit der Gründung der Gemeinschaft eingerissenen Grenzen zwischen den Mitgliedstaaten und den nationalen Märkten könnten durch willkürliche Differenzierungen und Diskriminierungen seitens der Unternehmen - wobei diese sich aller Wahrscheinlichkeit nach von den bisherigen wirtschaftlichen und politischen Verhältnissen leiten ließen - de facto wieder errichtet werden⁸⁴⁾. Auch ein gemeinsames europäisches Bewußtsein in der Unternehmensführung, wie es für die Zukunft erforderlich sein wird, würde sich nicht herausbilden, sähe nicht der Vertrag die Geltung des Gleichheitsgrundsatzes auch unter den Unternehmen im privaten Bereich vor. Das erforderliche Gebot zur Gleichbehandlung wird den Unternehmen durch das Verbot der Diskriminierung auferlegt. Erst durch das unmittelbar für die Unternehmen geltende Diskriminierungsverbot ist die Integration des Kohle- und Stahlmarktes über die Grenzen hinweg zumindest rechtlich lückenlos gesichert⁸⁵⁾. So zwingt

84) Vgl. STEINDORFF, Gleichheitssatz, S. 22.
Vgl. entsprechend für den EWGV EVERLING,
Vorbem. vor Art. 85 Anm. 1

85) Vgl. STEINDORFF, S. 280 f.

das übergeordnete Prinzip des Gemeinsamen Marktes zu der Schlußfolgerung, daß das Diskriminierungsverbot als eine der grundlegenden Marktregeln der umfassenden Geltung und dem Schutze des Gleichheitsgrundsatzes dient, und zwar auch und gerade für die Beziehung der Unternehmen untereinander⁸⁶⁾.

Der Auffassung, das Diskriminierungsverbot diene allein oder überwiegend der Erhaltung des Wettbewerbs, ist demnach aus mehreren Gründen nicht zuzustimmen^{86a)}. Der Wettbewerb ist im Gemeinsamen Markt nicht absolut herrschende Marktform⁸⁷⁾.

Aus eigener Wirtschaftskraft entstehende Monopole sind nicht schlechthin verboten, sondern unterliegen der Mißbrauchsaufsicht nach Art. 66 § 7⁸⁸⁾.

Ferner kann der Wettbewerb durch Maßnahmen der HB eingeschränkt und zeitweilig ganz aufgehoben werden (Art. 58, 59, 61). Gleichwohl gilt aber auch für und gegenüber Monopolen das Verbot der Diskriminierung, und es ist auch in Krisenlagen zu befolgen⁸⁹⁾. In Art. 4 lit. b steht das Dis-

86) Die besonderen politischen Gegebenheiten der EGKS unterscheiden das Diskriminierungsverbot des Vertrages von Inhalt und Zweck der Diskriminierungsverbote der nationalen Rechtsordnungen (soweit sie ein solches kennen), über die A. JERUSALEM, S. 63 ff. einen Überblick gibt, und auf die er seine Ansicht auch stützen will. Wie hier vor allem STEINDORFF, RabZ 56, 280; LANG, S. 106 ff; vgl. ferner die in Fußnote 18 S. 25 Genannten.

86a) Ebenso besonders LANG, S. 115.

87) Vgl. o. 2. Abschn. 3)

88) KRAWIELICKI, S. 6, 98 f.

89) STEINDORFF, Berichte, S. 112 und RabZ 56, 287. Eine Ausnahme und Lockerung des Diskriminierungsverbots bedeutet allerdings die Festsetzung von Verwendungsprioritäten durch die HB nach Art. 59 § 2. In einer solchen, heute nur schwer vorstellbaren Mangellage hätte der Grundsatz der Nicht-Diskriminierung dem Ziel der geordneten Versorgung (Art. 3 lit. a) vorübergehend zu

kriminierungsverbot mit dem Wettbewerb in keinem ausdrücklichen oder notwendigen Zusammenhang. In Art. 60 ist nicht bestimmt, daß Diskriminierungen nur dann verboten sind, wenn sie den Wettbewerb behindern, einschränken oder ausschalten, wie dies nach dem Clayton/Robinson-Patman-Act (Section 2) verlangt ist⁹⁰⁾. Diese Unterscheidung gegenüber dem amerikanischen Antitrustrecht ist bewußt getroffen worden, weil das Diskriminierungsverbot des Art. 60 § 1 EGKSV eben nicht allein dem Wettbewerbschutz dient. Die Voraussetzung einer Wettbewerbsbezogenheit der Diskriminierung ist deshalb auch nicht entgegen dem Wortlaut der Vorschrift zusätzlich zu verlangen⁹¹⁾.

Es ist allerdings gerechtfertigt, eine indirekte Auswirkung des Diskriminierungsverbots auf den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft anzuerkennen. Das Verbot, auf dem Gebiet der Preise diskriminierende Praktiken anzuwenden, hat für die Unternehmen zur Folge, daß sie in ihrer Preispolitik, z.B. in der Art der Preisstellung, der Differenzierung der Abnehmer nach deren Marktfunktion, in der Rabattgewährung usw. bestimmte Regeln zu befolgen haben⁹²⁾. Damit aber wirkt sich zu einem nicht geringen Grade das Diskriminierungsverbot auf das Marktverhalten der Unternehmen aus. Für den Wettbewerb auf der

weichen. Eine materielle Verletzung des Diskriminierungsverbots dürfte selbst dann in vielen Fällen noch nicht gegeben sein, weil sich bevorzugte und benachteiligte Unternehmen eben nicht in vergleichbarer Lage befinden werden.

90) HACKENBRACHT, S. 56 ff; BALLERSTEDT, S. 40.

91) BALLERSTEDT, S. 40; A. JERUSALEM, S. 53; LANG, S. 115/288; Steindorff, RabZ 56, 288; HOCHBAUM, S. 98f; a.A. DERINGER WuW 55, 151 ff und 57, 594; ihm folgend wohl auch v. SIMSON WuW 57, 598.

92) Dazu ausführlich A. JERUSALEM, S. 86 ff.

Erzeugerstufe hat das jedoch nur verhältnismäßig geringe Bedeutung. Zwar können sich die Unternehmen auf ein "faites", geordnetes und insbesondere im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Veröffentlichung von Preislisten nach Art. 60 § 2 für sie weitgehend voraussehbares Verhalten der Konkurrenten verlassen. Die daraus resultierende, vielfach für wünschenswert gehaltene⁹³⁾ Markttransparenz vermindert jedoch zu einem gewissen Grade den Unsicherheitsfaktor in der Unternehmensplanung. Die Folge ist, daß die Risikobereitschaft und damit die Unternehmerinitiative abnimmt, eine zweifellos nicht wettbewerbsfördernde Erscheinung. Soweit also das Diskriminierungsverbot i.V.m. dem Preislistensystem eine mehr oder weniger vollkommene Markttransparenz bewirkt, vermag es sich auf der Erzeugerstufe wegen der einer Markttransparenz innewohnenden Tendenz eher wettbewerbslähmend auswirken⁹⁴⁾. Dies umso mehr, als in der Eisen- und Stahlindustrie auf Grund der oblogopolistischen Struktur traditionsgemäß ein gegenseitig wohlwollendes Verhalten (Sympathie-Oligopol) "Ehrensache" ist⁹⁵⁾. Diese Wirkung eines generellen Diskriminierungsverbots ist auch in den USA erkannt worden. Sie hat Anlaß zur Kritik an der Anwendung des Clayton/Robinson-Patman-

93) Vgl. KIESEWETTER, S.114.

94) Vgl. dazu FREY, S.43 f; I.SCHMIDT, WuW 63, 9/ ff, 105 (mit Nachw.); Louis PHILIPS, WuW 64, 205 (211): "Die in Art.60 des MV enthaltene Verpflichtung, die Preislisten zu veröffentlichen, steht also in Widerspruch zu einer Politik, die den Preiswettbewerb fördern will." Siehe auch die Kritik bei HACKEBRACHT S.120-123. Eine positive Stellung bezieht MESTMÄCKER, WuW 55, 162, indem er, zu Recht, besonderes Gewicht legt auf die Angleichungsbefugnis nach Art.60 § 2 b, vgl. auch ders. im WuW 57, 31.

95) Vgl. auch LAGRANGE Rs.1/54, Rspr.I S.61.

Acts gegeben⁹⁶⁾. Darin ist wohl auch der Grund zu sehen, weshalb ein so weitgehendes Diskriminierungsverbot wie das des EGKSV weder in die nationalen Gesetzgebungen zum Schutze des Wettbewerbs noch in den EWGV Eingang gefunden hat⁹⁷⁾.

Größere Bedeutung hat das Gebot der gleichen Behandlung dagegen für den Wettbewerb auf der Käuferstufe. Da die Erzeuger verpflichtet sind, das Diskriminierungsverbot zu beachten, bieten sich daraus für die Abnehmer im wesentlichen gleiche Wettbewerbschancen bei ihren Lieferanten. Auf der Käuferstufe stehen jedoch überwiegend Unternehmen, die dem EGKSV nicht unterliegen. Der Wettbewerb als solcher ist auf dieser Stufe für den gemeinsamen Markt von untergeordneter Bedeutung. Die Käufer stehen i.d.R. in einer jeweils verschiedenen nationalen Wettbewerbsordnung, die vollkommen unabhängig neben der des EGKSV besteht⁹⁸⁾. Nur soweit auch Montanunternehmen Käufer sind, - z.B. die Kohle verbrauchende Stahlindustrie - kann ein schutzwürdiges Interesse der Gemeinschaft am Wettbewerb bestehen. Infolge seines begrenzten Geltungsbereichs kann der Vertrag auch nicht

96) Insbesondere im Zusammenhang mit einem zeitweilig praktizierten open-price-system, vgl. MESTMÄCKER, WuW 55, 557 ff., insbes. WuW 57, 37 ff. (40).

97) Vgl. § 26 Abs. 2 GWB, der nur für marktbeherrschende Unternehmen gilt und Preisdifferenzierungen, vor allem die Eigenunterbietung, nicht grundsätzlich verbietet, sowie Art.86 EWGV. EVERLING, Vorb. vor Art.85 Anm.5, hält ein allgem.Diskriminierungsverbot zur Herstellung eines ungehinderten Wettbewerbs weder für erforderlich noch für angebracht. Ebenso GÜNTHER WuW 57, 292. Vgl. auch MESTMÄCKER, WuW 57, 99-101.

98) Vgl. dazu STEINDORFF, RabZ 56, 286 f., der aus dieser unterschiedlichen Rechtslage die Notwendigkeit eines umfassenden Diskriminierungsverbots für das Gemeinschaftsrecht folgert.

generell den Schutz des Wettbewerbs auf der Käuferstufe vorsehen und schützen.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß das Diskriminierungsverbot im Rahmen der Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes in erster Linie dem Schutz und der Durchsetzung des Gleichheitsgrundsatzes dient. Daraus ergibt sich auch ein begrenzter und bedingter Schutz des Wettbewerbs⁹⁹⁾. Der vergleichsweise unwesentliche Schutz des Wettbewerbs durch das Diskriminierungsverbot ist aber für den Gemeinsamen Markt von geringer Bedeutung.

b. Das Verbot des unlauteren Wettbewerbs

Jedoch ist der als Ordnungsprinzip anerkannte¹⁰¹⁾ Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft nach dem Vertragsrecht gewiß nicht ungeschützt. Das Kartell- und Monopolverbot der Art. 65, 66 hat gerade die Erhaltung der Marktform des Wettbewerbs zum Ziel¹⁰²⁾. Darin liegt die zentrale Bedeutung der Art. 65, 66 für die Wirtschaftsordnung der EGKS. Der eigentliche Schutz des Wettbewerbs, soweit dieser von den Unternehmen selbst beeinflusst und ausgeschaltet werden kann, ist mit diesen Vorschriften im VI. Kapitel des 3. Titels beheimatet. Dem Schutzzweck dieser Bestimmungen nahe verwandt sind aber auch Inhalt und Zweck des Verbotes des unlauteren Wettbewerbs nach Art. 60 § 1, 1.

Die Fassung des Art. 60 zeigt, daß Praktiken unlauteren Wettbewerbs als den Prinzipien der Art. 2, 3, 4 zuwiderlaufend angesehen werden.

99) MESTMÄCKER, WuW 57, 32; KERN, S. 14 Fußn. 26.

101) Vgl. o. 3) S. 38

102) KRAWIELICKI, S. 5 f.

Sie sind also, je nach der Art des Einzelfalles, unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt (Art.4) oder mit den in ihm zu erreichenden Zielen (Art.2,3). Der Gemeinsame Markt mit seinen Zielen soll den Produzenten und Verbrauchern in gleichem Maße zum Vorteil gereichen. Die Bezugnahme rechtfertigt deshalb die Auffassung, daß Art.60 § 1,1 mit seinem generellen Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken schlechthin ein allgemeines Interesse an der Lauterkeit¹⁰³⁾ des Wettbewerbs schützt¹⁰⁴⁾. Es ist für die Gesamtwirtschaft von enormer Wichtigkeit, daß der grundsätzlich wünschenswerte Wettbewerb nicht in ein rücksichtslosen bellum omnium contra omnes ausartet und schließlich zu seiner eigenen Aufhebung führt¹⁰⁵⁾. Daß Interessen der Allgemeinheit gewahrt sind, beweist auch die Möglichkeit, Verstöße durch Verhängung einer Geldbuße gem.Art.64 zu ahnden. An einem handelsüblich sauberen und fairen Wettbewerbsverhalten der Unternehmen sind freilich in besonderem Maße die miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen selbst interessiert. Sie sind es i.d.R., die durch unlautere Praktiken in erster Linie und unmittelbar betroffen werden. Inwieweit ihre Interessen durch das Verbot geschützt sind, wird angesichts der Bedeutung dieser Frage gesondert zu untersuchen sein¹⁰⁶⁾.

103) Zur Tatbestandbestimmung vgl.o.2.Kap., 2. Abschn. 1)

104) ZIMMERMANN, S. 96.

105) Vgl. B. - HEFERMEHL, 9.Aufl., I.Allg.Rdnrn. 68, 69; KNÖPFLE, WuW 62, 16 f.

106) Vgl. u. 5) a.

Zur Gewährleistung der Lauterkeit des Wettbewerbs gelten nun in den einzelnen Mitgliedstaaten ohnehin die entsprechenden Vorschriften¹⁰⁷⁾, ohne daß allerdings in allen Staaten eine Sondergesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb erfolgt ist. In Frankreich, Luxemburg und den Niederlanden wird der unlautere Wettbewerb mit den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts bekämpft. Nicht zuletzt aus diesem Grunde und zur Vervollständigung des vertraglichen Wettbewerbsrechts ist das Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken zunächst im Grundsatz für den Geltungsbereich des EGKSV noch einmal ausdrücklich wiederholt. Vielfach wird deshalb Gesetzeskonkurrenz mit den entsprechenden Bestimmungen der nationalen Rechte vorliegen¹⁰⁸⁾. Insoweit vermag Art. 60 § 1,1 gegenüber dem bisherigen Recht keine eigene Wirkung und Bedeutung zu erlangen. Bei der Ausfüllung der Generalklausel zur Erfassung des konkreten Tatbestandes ist nun freilich das spezielle Montanrecht der EGKS zu berücksichtigen¹⁰⁹⁾. Insbesondere Art. 2, 3, 4 sind zu beachten. Die Einordnung und Bewertung der einzelnen Tatbestände bestimmt sich nach dem spezifischen Charakter des europäischen Gemein-

107) Deutschland § 1 UWG,
 Frankreich und Luxemburg art.1382, 1383 cc
 Belgien art. 1 Arrêté Royal v.23.12.1934 sowie
 art.1131, 1133, 1382 cc.
 Niederlande art. 1401 Burgerlijk Wetboek,
 Italien art. 2598 bzw. 1343 cc.

108) BALLERSTEDT, S. 36, Fußn. 49.

109) BALLERSTEDT, S. 35.

schaftsrechts und der besonderen Gegebenheiten des Kohle- und Stahlmarktes aller Mitgliedsstaaten¹¹⁰⁾. Insoweit ist eben doch neues europäisches Recht geschaffen, dessen Anwendung vielfach im Vergleich mit dem nationalen Recht - zumal Art. 60 § 1,1 sich nur auf unlautere Praktiken "auf dem Gebiet der Preise" beschränkt - zu abweichenden Subsumtionen führen wird. Darin erschöpft sich allerdings nicht die Bedeutung des Verbotes unlauterer Wettbewerbspraktiken.

Das Schwergewicht des Art. 60 § 1,1 liegt zweifellos auf dem hervorgehobenen Beispiel einer verbotenen Praxis unlauteren Wettbewerbs: Verbieten sind als unlauteres Verhalten insbesondere nur vorübergehende oder nur örtliche Preissenkungen zur Erlangung einer Monopolstellung. Monopole unterliegen der besonderen Aufmerksamkeit der HB nicht erst, wenn sie ihre Monopolstellung erlangt haben (Art. 66 § 7). Zwar sind sie nicht schlechthin verboten und zu zerschlagen, wie aus Art. 66 § 7 zu ersehen ist. Da sie aber mit der in Normalzeiten aufrechtzuerhaltenden Marktform des Wettbewerbs unvereinbar und deshalb grundsätzlich unerwünscht sind, sind schon der Erlangung der Monopolstellung zahlreiche Riegel vorgeschoben. Der Vertrag duldet die Entstehung eines Monopols allein, wenn diese die Folge einer natürlichen Entwicklung aus dem freien Kräftespiel des Wettbewerbs ist. M.a.W. die Monopolbildung wird nur dann nicht gehindert, sofern sie ohne rechtliche oder tatsächliche Manipulationen aus eigener Wirtschaftskraft erfolgt^{111) 112)}.

110) LANG, S. 199.

111) KIESEWETTER, S. 117; KRAWIELICKI, S. 98 f. REUTER, S. 208.

112) Das Unternehmen unterliegt dann der Mißbrauchsaufsicht gem. Art. 66 § 7, KRAWIELICKI, S. 99, REUTER, a.a.O.

Aus diesem Grunde unterliegt jedes Vorgehen, das zu einem Zusammenschluß von Unternehmen führt, der Kontrolle und der vorherigen Genehmigung durch die HB gem. Art. 66 §§ 1-6.

Darüberhinaus zählt nun Art. 60 § 1,1 zu dem mißbilligten Monopolstreben auch die vorübergehende oder nur örtliche Preissenkung, soweit sie in Monopolisierungsabsicht¹¹³⁾ vorgenommen werden. Es besteht daher ein unmittelbarer Zusammenhang mit den Vorschriften der Art. 66 §§ 1-6¹¹⁴⁾. Folglich ist auch der Schutzkern des Art. 60 § 1,1 in der Monopolabwehr zu sehen¹¹⁵⁾. Der Gedanke der Monopolabwehr ist nicht schon als solcher dem nationalen Recht gegen den unlauteren Wettbewerb eigen, so daß hier auch ein speziell montanrechtlicher Fall des unlauteren Wettbewerbs geschaffen ist. Ein Verstoß wird deshalb häufig - wenn nicht zusätzliche Voraussetzungen eines Tatbestandes des nationalen Rechts erfüllt sind - nur vom Gemeinschaftsrecht erfaßt werden. So macht die Absicht der Erlangung einer Monopolstellung die Preissenkung nach Montanrecht bereits unlauter und deshalb unzulässig, während dies nach deutschem Recht (§ 1 UWG) erst durch Hinzutreten

113) Ohne Monopolstreben angewendete Preissenkungen können aber verbotene Diskriminierung darstellen. REUTER, S. 204, Zust. HACKENBRACHT, S. 88.

114) Vgl. LANG, S. 198 f.

115) BALLERSTEDT, S. 36,38; JERUSALEM S. 112, versteht das Verbot unlauterer Praktiken nur als gegen den Machtmißbrauch gerichtet. Vgl. REUTER, S. 204: "Au point de vue théorique l'art. 60 § 1 rapproche et mélange la discrimination, la poursuite du monopole et la concurrence déloyale."

besonderer Umstände, die ein solches Geschäftsge-
baren als sittenwidrig erscheinen ließen, der
Fall wäre¹¹⁶⁾.

Demnach will das Verbot des Art. 60 § 1, 1 ein
allgemeines Interesse an der Lauterkeit des
Wettbewerbs schützen und eine Monopolbildung
auf montanrechtlich unlauterem Wege, nämlich
durch vorübergehende oder nur örtliche Preis-
senkung¹¹⁷⁾, verhindern.

5) Der Schutz Einzelner.

Nachdem der Tatbestand der beiden Verbote kurz
gekennzeichnet und ihr allgemeiner Schutzzweck
im Gesamtzusammenhang der Wirtschaftsordnung
des Gemeinsamen Marktes ermittelt ist, können
nunmehr aus dem Ergebnis Schlußfolgerungen gezogen
werden, ob und inwieweit auch die einzelnen Unter-
nehmen durch Art. 60 geschützt sind.

Unter den möglichen zivilen Folgen verdienen die
Abwehr- und Schadensersatzansprüche benachteilig-
ter Unternehmen gegen den Verletzer besonderes
Interesse. Grundvoraussetzung für diese Ansprüche
ist aber eine durch Art. 60 entsprechend geschützte
Interessensphäre oder gar Rechtsstellung. M.a.W.

116) Vgl. RG 134, 342 (Tankstellenfall), wo mehr-
fach ausdrücklich betont wird (S. 349), daß
das Streben nach einer Monopolstellung die
Preissenkung nicht schon sittenwidrig und
damit unlauter mache.

117) Wegen der speziell preisrechtlichen Regelung
des Verbotes will A. JERUSALEM, S. 67 auch
den Preiswettbewerb geschützt wissen. Darauf
kommt es aber weniger an, zumal FREY, S. 124 ff
nachgewiesen hat, daß - zumindest auf dem
Kohlemarkt - ein monopolistisches Preisdiktat
bei der modernen - noch ständig zunehmenden -
weltwirtschaftlichen Verflechtung effektiv
nicht praktiziert werden kann. Auch der Stahl-
markt unterliegt heute zunehmend ganz erheb-
lichen Beeinflussungen durch den Weltmarkt.

die Vorschrift muß den Zweck verfolgen, (zumindest auch) dem Schutz eines Einzelnen oder eines bestimmten Personenkreises zu dienen¹¹⁸⁾.

a) Schutz durch das Verbot unlauteren Wettbewerbs.

aa. Schutz der Mitbewerber.

Das bestehende besondere Interesse der miteinander konkurrierenden Unternehmen daran, daß sich der Wettbewerb unter ihnen in lauterer Formen vollzieht, wurde schon berührt¹¹⁹⁾. Ihre wirtschaftlichen Interessen, u.U. gar subjektiven Rechte, können beeinträchtigt und verletzt werden, wenn im gemeinsamen Streben nach Geschäftsbeziehungen zu Dritten¹²⁰⁾ ein Wettbewerber unlauter vorgeht. Wenn Art.60 § 1,1 den Unternehmen die Verpflichtung auferlegt, sich im Wirtschaftsleben handelsüblich sauber und fair zu verhalten, so liegen damit Sinn und Zweck dieser Norm gleichzeitig darin, daß der einzelne Unternehmer sich auf ein dementsprechendes lauterer Wettbewerbsverhalten seines Mitbewerbers soll verlassen können. Er darf in seiner Planung damit rechnen, daß die Konkurrenten in ihrer Tätigkeit sich ihrerseits im Rahmen des rechtlich Zulässigen halten und sich insoweit in bis zu einem gewissen Grade voraussehbaren Bahnen bewegen werden. Zugunsten der sich fair verhaltenden Mitbewerber ist es verboten, daß sich ein Unternehmen auf unlautere Weise einen Vorsprung gegenüber seinen Konkurrenten

118) Vgl. FRANKF. KOMM., § 35 Tz. 3,10; stark einschränkend jedoch LEO, WuW 59,487.

119) Vgl. o. 4) b. S. 46.

120) FIKENTSCHER, Wettbewerb Rsch, S.39 sowie WuW 61, 788; BAUMBACH-MEGERMEHL, 9.Aufl., I Allg. Rdnr. 2.

zu verschaffen sucht¹²¹⁾. Darin ist der Schutzzweck des Verbotes hinsichtlich der allgemeinen wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen zu sehen. Selbstverständlich aber soll der Unternehmer auch gegen gezielte Angriffe geschützt sein. Mit dem Unwerturteil¹²²⁾ über solche unmittelbaren Beeinträchtigungen und Eingriffe bringt die Bestimmung auch ihren Schutzzweck zugunsten des einzelnen Unternehmens zum Ausdruck. Das gilt wiederum vor allem im Hinblick auf die Monopolabwehr. Das Monopolstreben hat notwendig die Vernichtung oder zumindest die Beschränkung der Konkurrenten zum Ziele. Diese sollen aber in ihrem Bestand und in ihrer Freiheit erhalten bleiben, soweit sie einem lauterem Leistungswettbewerb noch gewachsen sind, und zwar nicht nur im Interesse der Gesamtwirtschaft, sondern in einer freiheitlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung auch und gerade im Interesse des einzelnen Unternehmens. Der Schutz der Mitbewerber durch das Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken ist also anzuerkennen¹²³⁾.

bb. Schutz der Kunden

Die angestellten Überlegungen zeigen, daß die Praktiken unlauteren Wettbewerbs sich vor allem zum Nachteil der auf der gleichen Wirtschaftsstufe stehenden Unternehmen auswirken. Es unterliegt keinem Zweifel, daß dagegen besonders die

121) Insofern will das Verbot des unlauteren Wettbewerbs auch den Leistungswettbewerb fördern; vgl. dazu BAUMBACH-HEFERMEHL, 9. Aufl., II. Einl. UWG Rdnrn. 71, 72; MESTMÄCKER, WuW 55, 151; vgl. auch UIMER, Sinnzusammenhänge, S. 20 f.

122) BALLERSTEDT, S. 35.

123) BALLERSTEDT, S. 36; ZIMMERMANN, S. 96; LANG, S. 290; Steindorff, RabZ 56, 322 Fußn. 142.

verbotene monopolistische Preispolitik unmittelbar die Stellung der Kunden berührt. Art. 60 § 1, 1 verbietet aber gerade Preis s e n k u n g e n . Darin kommt zum Ausdruck, daß an den Schutz der Kunden in dieser Vorschrift nicht gedacht ist¹²⁴⁾. Die Bestimmung ist auch nicht außerhalb des Gesichtspunktes der Monopolabwehr auf den Kundenschutz auszudehnen. Unlautere Wettbewerbspraktiken werden sich auf der Käufer- (oder Lieferanten-)seite durchweg im Vergleich zu anderen Anbietern als vorteilhafte Bedingungen beim Geschäftsabschluß darstellen. In den wenigen Fällen, in denen Beeinträchtigungen vorliegen können, wird in der Regel auch das Diskriminierungsverbot verletzt sein. Die Schutzfunktion dieser Vorschrift zugunsten Einzelner soll im folgenden untersucht werden.

b) Schutz durch das Diskriminierungsverbot:

aa. Schutz der Kunden:

Das Diskriminierungsverbot verpflichtet die Unternehmen beim Vertragsabschluß gegenüber dem Geschäftspartner zu einem bestimmten, und zwar den Gleichheitsgrundsatz wahrenenden¹²⁵⁾ Verhalten. Es nimmt also Einfluß auf den Inhalt der Preis- und Lieferbedingungen beim Geschäftsabschluß mit Dritten. Gerade dahin geht die Zielrichtung des Diskriminierungsverbotes, nämlich zu gewährleisten, daß im Geschäftsverkehr mit den Montanunternehmen innerhalb des gesamten Gemeinsamen Marktes für alle Marktpartner grundsätzlich - d.h. soweit sie sich jenen gegenüber in vergleichbarer Lage befinden - Chancen-

124) Vgl. LANG, S. 199.

125) Vgl. o. 2. Kap. 1. Abschn. 2) b, 2. Abschn. 2).

gleichheit¹²⁶⁾ besteht. Damit wirkt sich das Verbot unmittelbar zugunsten der Kunden aus. Seinem Wortlaut nach ist das Diskriminierungsverbot zum Schutze der Lieferanten¹²⁷⁾ dagegen nicht geeignet. Art.60 § 1,2 wendet sich ausdrücklich an die Unternehmen als "Verkäufer", sie sind also nur in ihrer Funktion als Anbieter zur Gleichbehandlung ihrer Vertragspartner verpflichtet. Die Begünstigung der Kunden ist vom Vertrage im Hinblick auf die Ziele des Art.3 lit. a-c unmittelbar bezweckt. Der Kunde ist daran interessiert, zu den nach den vorgegebenen örtlichen Produktionsbedingungen und Marktvoraussetzungen günstigsten Bedingungen abschließen zu können. Durch die Gewährleistung gleicher Chancen wird den Kunden ein optimal bewegliches Marktverhalten ermöglicht, - zu dem sie mittels des Preislistensystems auch ermuntert werden. Die Beweglichkeit der Käufer auch über die Grenzen hinweg fördert die angestrebte Integration und gewährleistet die rationellste Verteilung der Erzeugung auf dem höchsten Leistungsstande. Individualinteresse der Unternehmen und wirtschaftspolitisches Gemeinschaftsinteresse laufen also konform. Deshalb ist die Auffassung nicht gerechtfertigt, der EGKSV sehe neben dem Gemeinschaftsschutz einen Individualschutz nicht vor. Vielmehr wird das Einzelinteresse durch das Rechts- und Wirtschaftssystem des Vertrages in den Dienst der europäischen Gemeinschaft gestellt. Damit dies erreicht und dauerhaft wirksam werden kann, ist das Einzelinteresse zu schützen¹²⁸⁾. In dem Maße also,

126) Die Gewährleistung der Chancengleichheit durch das Diskriminierungsverbot hebt auch KAHRS, S. 123, hervor.

127) Wie es FIKENTSCHER, WuW 58, 257 (258 f) für das deutsche Diskriminierungsverbot in § 26 Abs.2 GWB bejaht. Wie FIKENTSCHER auch KAHRS, S.129 f.

128) NIPPERDEY, Kontrahierungszwang S. 33.

in dem das Diskriminierungsverbot den Unternehmen eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Abnehmer auferlegt, schützt es die Käufer auch im Geschäftsverkehr mit den Montanunternehmen¹²⁹⁾. Schließlich kann ganz generell gesagt werden, daß dort, wo der Gleichheitssatz Gültigkeit besitzt, auch ein entsprechender rechtlicher Schutz derjenigen gewährleistet ist, zu deren Gunsten dem Gleichheitsprinzip zum Durchbruch verholfen ist¹³⁰⁾.

Auf folgende zwei Einzelfragen ist jedoch noch näher einzugehen: Sind auch die Kunden geschützt, die den Bestimmungen des Vertrages nicht unterliegen¹³¹⁾? Gilt der Kundenschutz auch gegenüber den Diskriminierungen, die von Käufern i.S.d. Art. 63 vorgenommen werden?¹³²⁾

(1) Die Kohle- und Stahlindustrie bildet die sog. Grundindustrie, von deren Wohlergehen in hohem Maße über die weiterverarbeitenden Wirtschaftszweige die Entfaltung der gesamten Wirtschaft abhängt. Von diesem Funktionszusammenhang geht auch der EGKSV aus. Mit der Förderung der Kohle- und Stahlindustrie soll "im Einklang mit der Gesamtwirtschaft (!) der Mitgliedstaaten ... zur Ausweitung der Wirtschaft, zur Steigerung der Beschäf-

129) HACKENBRACHT, S.87,90; LANG, S. 288; mit Einschränkung auch BALLERSTEDT, S. 39; STEINDORFF, RabZ 56, 318 nimmt einen Schutz der Gesamtverbraucherschaft in der Gemeinschaft an.

130) KAHRS, S. 132.

131) Dazu STEINDORFF, a.a.O., S. 319 Fußn. 134, der die Frage verneint.

132) Dazu STEINDORFF, a.a.O., S.319.

tigung und zur Hebung der Lebenshaltung in den Mitgliedstaaten beigetragen werden" (Art.2). Auch die in Art.3 lit. a-c proklamierten Ziele greifen über den engeren materiellen und personellen Geltungsbereich des Vertrages hinaus. Art. 3 lit. b und Art. 4 lit. b berücksichtigen ausdrücklich Verbraucherinteressen. In Art. 60 sind generell solche Praktiken verboten, die den Art. 2-4 zuwiderlaufen. Aus diesem Text- und Systemzusammenhang, in dem Art.60 steht, sowie aus dem Umstand heraus, daß nach Art.60 die Unternehmen verpflichtet sind, a l l e Abnehmer, ob sie nun selbst den Vertragsbestimmungen unterliegen oder nicht, gleich zu behandeln, ist die Folgerung zu ziehen, daß auch die Kunden, die nicht Montanunternehmen i.S.d.Art.80 sind, den Schutz des Diskriminierungsverbotes genießen.

(2) Mit den Käufern i.S.d. Art.63 sind die ihrerseits weiterveräußernden Abnehmer von Kohle- und Stahlerzeugnissen gemeint¹³³⁾, die bei den von ihnen getätigten Verkäufen Diskriminierungen vornehmen können. Soweit sie nicht Unternehmen i.S.d. Art.80 oder jenen eingegliederte Handelsunternehmen oder ihre Kommissionäre oder Konsignatäre sind, unterliegen sie nicht unmittelbar dem Diskriminierungsverbot des Art.60 § 1,2. Gemäß Art.63 § 2 können sie allenfalls vertraglich durch ihre Lieferanten, die unmittelbar nach Art.60 § 1,2 verpflichtete Unternehmen i.S.d. Art.80 sind, zur Einhaltung des Diskriminierungsverbotes verpflichtet werden¹³⁴⁾.

133) A. JERUSALEM, S. 106 f.

134) Vgl. dazu die Entscheidung der HB 30/53; ferner die Entscheidungen 4/53, 31/53 und 37/54, die die Einhaltung der Veröffentlichungspflicht der Preislisten betreffen.

Bei einer Diskriminierung verstoßen die Käufer also nicht gegen Art. 60 - der für sie nicht gilt -, sondern gegen eine vertragliche Verpflichtung. Der Gleichheitsgrundsatz des EGKSV gilt also nicht mehr zugunsten der Käufer-Abnehmer. Hätte der Vertrag diese Ausdehnung des Kundenschutzes gewollt, so hätte er in Art. 80 wie für Art. 65, 66 den Unternehmensbegriff auch für Art. 60 § 1 auf die Vertriebsunternehmen erstrecken können. Daß dies nicht geschehen ist, legt den Schluß nahe, daß der Vertrag den Störungen, die durch Diskriminierungen der Käufer i. S. d. Art. 63 hervorgerufen werden können, geringere Bedeutung beimißt. Zwar war man sich bei Vertragsabschluß bewußt, daß infolge der Teilintegration im Schutz des montanrechtlichen Preissystems eine Lücke auftreten kann. Diese zu schließen, überließ man jedoch dem Ermessen der HB (Art. 63 § 2) und sah als Mittel dafür lediglich eine vertragliche Verpflichtung der Käufer vor. Ein Schutz der Kunden (Verbraucher) wäre somit nur dann gewährleistet, wenn dieser Nicht-Diskriminierungsabrede die Kraft eines Vertrages zugunsten Dritter beizumessen wäre. Das ist jedoch zu verneinen¹³⁵⁾, weil die Abrede diesen Schutz nicht bezweckt, sondern vielmehr der Erfüllung einer Verpflichtung¹³⁶⁾ der HB gegenüber dient.

Das Diskriminierungsverbot dient somit dem Schutze sämtlicher Käufer, die mit Unternehmen i. S. d. Art. 80 Geschäfte abschließen.

bb. Schutz der Mitbewerber:

Diskriminierungen, die Käufern gegenüber vorge-

135) Im Ergebnis ebenso STEINDORFF, RabZ 56, 319.

136) LANG, S. 291; auf Grund der gem. Art. 63 § 2 ergangenen Entsch.

nommen werden, können freilich auch - wirtschaftlich gesehen - gerade auf die Benachteiligung der Mitbewerber abzielen. Das krassste Beispiel hierfür ist die systematische lokale Preisunterbietung zur Verdrängung eines Konkurrenten; oder die Gewährung besonders hoher Mengen- oder Treuerabatte mit dem Ziel, bisherige Kunden eines Konkurrenten von diesem abzuziehen. Vielfach jedoch werden diese Maßnahmen auf eigenem Monopolstreben des diskriminierenden Unternehmens beruhen. Sie sind dann nach Art.60 § 1,1 untersagt. Die benachteiligten Mitbewerber sind bereits auf Grund des Verbotes unlauterer Wettbewerbspraktiken geschützt. Soweit also gegen Mitbewerber gerichtete - d.h. mittelbare - Diskriminierungen auch vom Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken erfaßt werden, bestimmen sich deren Rechte nach Art.60 § 1,1¹³⁷⁾. Zwar haben die HB¹³⁸⁾ und der GH¹³⁹⁾ ihre Entscheidungen auch einmal auf den Tatbestand der Diskriminierung von Mitbewerbern (anderen Erzeugern) gestützt. Der Begründung des GH ist aber aus verschiedenen Gründen nicht zu folgen. Die Entscheidung betraf ein Genehmigungsverfahren nach Art.65. Im Vordergrund stand also der Wettbewerbsgedanke, mit dem Art.60 nicht

137) Insoweit zustimmend HACKENBRACHT, S. 88; ähnlich BALLERSTEDT, S.38. Zum Problem der Konkurrenz beider Verbote vgl. ferner DEMARIA, A.O. VI, S.51; ALLAIS, A.O. VI, S.156.

138) Entsch.5-7/56, ABL. 1956, S.29ff, 43 ff, 56 ff.

139) Rs.2/56 Rspr.III, S.13 ff mit den Schlußanträgen des Generalanwalts ROEMER S.77 ff. Zust. zu dieser Entscheidung HACKENBRACHT, S.98 f, DERINGER, WuW 57, 594; hinsichtlich der hier nur interessierenden Begründung zum Diskriminierungstatbestand werden Bedenken erhoben von A.JERUSALEM, S. 69 und von v.SILWSON, WuW 57, 595 ff(597 f).

unmittelbar verknüpft ist. Der GH hat sich zudem nur mit dem Diskriminierungsverbot des Art.4 lit b befaßt. Gleichwohl hätte dieselbe Entscheidung auch ergehen können, ohne daß sie noch auf den Tatbestand der mittelbaren (!)¹⁴⁰⁾ Diskriminierung von Mitbewerbern gestützt worden wäre. Schließlich ist hier zu prüfen, ob sich der Schutzzweck des Art.60 § 1,2 zu einem privatrechtlichen Schutz der Mitbewerber verdichtet. Wird dies verneint, so besagt das noch nicht, daß nicht die HB bei ihren wirtschaftspolitischen Verwaltungsentscheidungen auch die Interessen der Mitbewerber berücksichtigen kann. Jedenfalls im privatrechtlichen Bereich sind solche die Mitbewerber benachteiligende Diskriminierungen, die nicht zugleich Praktiken unlauteren Wettbewerbs darstellen, aus der Sicht der Mitbewerber als zulässige Wettbewerbshandlungen anzusehen. Schon im Interesse einer klaren Abgrenzung der beiden Verbote des Art.60 § 1 und ihrer Schutzwirkungen ist dem Diskriminierungsverbot ein Mitbewerberschutz nicht beizumessen¹⁴¹⁾, ebensowenig wie dem Verbot der unlauteren Wettbewerbspraktiken ein Kundenschutz zukommt.

140) Im Unterschied zu Art.60 erfaßt § 26 Abs.2 GWB ausdrücklich die "unmittelbare und mittelbare" Behinderung und unterschiedliche Behandlung. Es handelt sich damit gleichzeitig um eine Vorschrift gegen den Behinderungswettbewerb, die deshalb notwendig auch den Schutz der Mitbewerber bezweckt, vgl. GENTZ, WuW 61, 600, 604, FIKENTSCHER, WuW 58,265 ff, KAHRS, S.129, FRANKF.KOM. § 26 Tz 130.

141) HACKENBRACHT, S.90 nimmt einen zweitrangigen Mitbewerberschutz an, soweit Mitbewerber durch nicht in Monopolisierungsabsicht vorgenommene Diskriminierungen beeinträchtigt werden. Wie hier STEINDORFF, RabZ 56, 318,322, BALLERSTEDT, S.39, vgl. auch FIKENTSCHER, WuW 58, 264.

3. K A P I T E L =====

Rückgriff auf nationales Recht zur Ableitung ziviler Rechtsfolgen

1. Abschnitt: Vorbemerkung

Der Vertrag enthält keine Bestimmungen darüber, welche zivilrechtlichen Folgen ein Verstoß gegen die Verbote des Art.60 haben soll¹⁾. Sieht man die Vorschrift jedoch im Gesamtzusammenhang der Wirtschaftsordnung der EGKS und ihrer Ziele, so ergibt sich, daß Sinn und Zweck des Art.60 den Schutz des Einzelnen - d.h. der Unternehmen und z.T. der Verbraucher in dem Ausmaß, wie es im vorstehenden Kapitel²⁾ erläutert worden ist - mitumfassen. Wo die jeweilige hoheitliche Gewalt auch den Schutz des Einzelnen im Interesse der politischen Ordnung und der Allgemeinheit zu ihrer Aufgabe macht, sanktioniert sie Verstöße und Verletzungen bereits mit Straf- und Bußvorschriften³⁾. Diese Funktion erfüllt für die EGKS auf dem Gebiet der Preise Art. 64. Im Vordergrund steht insoweit jedoch immer das Allgemeininteresse. Gerade in Art.64 wird dies deutlich in dem Entschließungs-ermessen, das der HB eingeräumt ist.

Dem Schutz des Einzelnen, der ja gerade nicht nur im öffentlichen, sondern ebenso in seinem ureigenen privaten Interesse normiert ist, entspricht in der Regel aber auch ein privates

1) Vgl. o. 1. Kap. 1. Abschn.

2) Vgl. o. 2. Kap. 2. Abschn. 5)

3) Grundsätzlich durch das allg. Strafrecht, ferner aber auch durch das Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Ordnungswidrigkeiten u.ä.

Abwehrrecht des Einzelnen. Er hat damit die Möglichkeit und das Recht, sich aus eigenem Entschluß gegen Eingriffe zur Wehr zu setzen und vor allem einen entstandenen Schaden zu liquidieren. Dafür steht ihm die Hilfe der staatlichen Gerichte offen. Wo gleichzeitig ein öffentliches Interesse besteht und geschützt ist, wird diese Privatinitiative als zusätzlicher Ordnungsfaktor angesehen und im Rechtssystem zur Erreichung der öffentlichen Ziele mit eingesetzt⁴⁾. Speziell auch im Wirtschaftsrecht ist diese Doppelgleisigkeit nicht unbekannt⁵⁾. Im deutschen Recht enthalten das GWB neben den Bußbestimmungen der §§ 38, 39 in § 35 eine zivilrechtliche Anspruchsnorm und das UWG neben der zivilrechtlichen Generalklausel des § 1 zahlreiche Strafbestimmungen, z.B. in den §§ 4, 6, 10, 17, 18⁶⁾. Das französische Recht kennt als Strafbestimmung den Art. 419 code pénal, nach dem Wirtschaftsvergehen unter Strafe gestellt sind, neben den Art. 1382, 1383 code civil, welche den zivilrechtlichen Schutz des Einzelnen auch im Wettbewerbsrecht enthalten⁷⁾. Inwieweit dieses Prinzip auch im Gemeinschaftsrecht Anwendung finden kann, ist im folgenden zu untersuchen. Für den Fall einer positiven Antwort kann schon jetzt gesagt werden, daß ein privater Rechtsschutz nur durch eine wie immer auch geartete Verknüpfung des Vertragsrechts mit dem entsprechenden nationalen Recht möglich ist. Denn der Vertrag

4) Vgl. RAISER, Summum ius, S. 159.

5) Vgl. B.-HEFERMEHL, 9. Aufl., II. Einl. UWG Rdnr. 35, I. Allg. Rdnr. 81.

6) Vgl. dazu im einzelnen unten 3. Kap. 3. Abschn. 2)

7) Vgl. dazu im einzelnen unten 3. Kap. 2. Abschn. Dort ist auch auf das Recht der übrigen Mitgliedstaaten näher eingegangen. An dieser Stelle sei insoweit nur auf die o.S. 48 Fußn. 107 zitierten Bestimmungen verwiesen.

selbst hat - wie bereits mehrfach festgestellt⁸⁾ - diese Frage ausgeklammert; das Privatrecht ist nach dem Willen der Vertragsschließenden vom positiven Gemeinschaftsrecht getrennt geblieben. So können die Rechtsfolgen nur nationalstaatlichen Vorschriften entnommen werden⁹⁾. Deshalb soll im folgenden ein Überblick gegeben werden über die nationalstaatlichen Bestimmungen, die dem Einzelnen Ansprüche auf Unterlassung oder Schadenersatz geben gegen Verletzungshandlungen Dritter im wirtschaftlichen Wettbewerb. Dabei ist sowohl das klassische Wettbewerbsrecht (gegen den unlauteren Wettbewerb) als auch das neuere Kartellrecht (soweit es dieses in den Mitgliedstaaten bereits gibt) berücksichtigt. Das deutsche Recht wird in einem eigenen Abschnitt behandelt, während das Recht der übrigen Mitgliedstaaten im Rahmen dieser Arbeit nur summarisch dargestellt werden kann. Im Anschluß daran soll versucht werden, auch das Gemeinschaftsrecht den im nationalen Recht anerkannten Prinzipien unterzuordnen, um dann im folgenden Kapitel die Rechtsfolgen im einzelnen zu bestimmen.

8) Vgl. o. 1. Kap. 3.Abschn.2) a.

9) BALLERSTEDT, S. 33
 So auch für den EWGV v. d. GROEBEN - BOECKH
 (Thiesing) Art.85 Anm. 12.

2. Abschnitt: Überblick über das relevante Recht der Mitgliedstaaten

Da nicht alle Mitgliedstaaten eine Spezialgesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb und eine besondere Kartellgesetzgebung kennen, und da selbst dort, wo diese erfolgt ist, sich zivilrechtliche Sanktionen nach den allgemeinen Vorschriften bestimmen, sollen diese Haftungsnormen des bürgerlichen Rechts zunächst kurz dargestellt werden, bevor auf die einschlägigen Wettbewerbsgesetze eingegangen wird.

1) Die allgemeinen Haftungsnormen des Deliktrechts¹⁰⁾

a. In Frankreich, Belgien und Luxemburg haftet der Schädiger für eine unerlaubte Handlung nach den Artikeln 1382, 1383 des code civil. Die beiden Bestimmungen lauten:

1382:

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à l'autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

1383:

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Haftungsbegründend ist also jedes irgendwie geartete menschliche Verhalten, das bei einem Dritten kausal einen Schaden verursacht. Das Verhalten muß jedoch dem Verletzer objektiv und subjektiv vorwerfbar sein, d.h. es muß von der Rechtsordnung mißbilligt (rechtswidrig = illicite) und schuldhaft (den Maßstab enthält art.1383 cc) begangen sein. Diese Voraussetzungen werden in dem Begriff

¹⁰⁾ Vgl. dazu die gedrängte, aber sehr übersichtliche Darstellung von HELDRICH, S. 24 ff, 120 ff, 157 ff.

"faute" umfaßt, mit dem im französischen Recht schlechthin jedes schuldhaft, rechtswidrige Verhalten gemeint ist¹¹⁾. Eine scharfe Trennung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld trifft das französische Recht dabei nicht. Damit begründet anerkanntermaßen auch jede Gesetzesverletzung - nicht nur die eines Schutzgesetzes - die Verpflichtung zum Schadenersatz gemäß art. 1382¹²⁾, sofern die weiteren Voraussetzungen der kausalen und schuldhaften Schadensverursachung vorliegen.

In der belgischen Rechtsprechung und Lehre ist der weite Begriff der faute allerdings eingeengt durch das Erfordernis eines "erreur de conduite", mit dem die Anforderungen an die subjektive Vorwerfbarkeit erhöht werden, und der Verletzung eines "intérêt légitime", wodurch sich die Rechtsprechung doch mehr dem Schutznormgrundsatz nähert¹³⁾.

b. Den Artikeln 1382, 1383 cc entsprechen dem Gesetzeswortlaut nach genau die Artikel 1401, 1402, des Burgerlijk Wetboek in den Niederlanden. Ein wichtiger Unterschied gegenüber dem französischen Recht besteht jedoch darin, daß der Rechtswidrigkeit der Handlung als selbständige Anspruchsvoraussetzung größere Bedeutung beigemessen und somit eine scharfe Trennung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld vorgenommen wird¹⁴⁾. Als rechtswidrig (onregmatig) wurde lange nur die Verletzung eines Gesetzes oder eines subjektiven Rechtes angesehen, bis der Hoge Raad mit seinem bahnbrechenden Urteil vom 31.1.1919¹⁵⁾ diese Rechtsprechung erweiterte,

11) HELDRICH, S.24/25.

12) Vgl. DERINGER, Art.85 II Rdnr. 138.

13) DERINGER, aaO.

14) ULMER, UW I EWG, S.13; HELDRICH, S. 31/32.

15) Nederlandse Jurisprudentie 1919, S. 161.

indem er nunmehr ferner jeden Verstoß gegen die guten Sitten oder jede Verletzung derjenigen Sorgfalt, die im gesellschaftlichen Verkehr hinsichtlich der Person oder des Vermögens eines anderen zu beachten ist, für rechtswidrig erklärte. Bemerkenswert im vorliegenden Zusammenhang ist, daß diese Entscheidung in einem Rechtsstreit wegen einer Handlung unlauteren Wettbewerbs ergangen ist.

Für den durch eine Gesetzesverletzung verursachten Schaden haftet der Schädiger nach niederländischem Recht nur, wenn die Norm (wenigstens auch) den Schutz des Verletzten bezweckt (Schutznormgrundsatz)¹⁶⁾.

c. Das italienische Recht verpflichtet den unerlaubt Handelnden nach Artikel 2043 codice civile zum Ersatz des verursachten Schadens.

2043

Jede vorsätzliche oder fahrlässige Handlung, die einem anderen einen widerrechtlichen Schaden zufügt, verpflichtet denjenigen, der sie begangen hat, zum Schadensersatz¹⁷⁾.

Die Vorschrift entspricht gleichfalls dem Artikel 1382 cc, mit dem Unterschied, daß die Verursachung eines "widerrechtlichen Schadens" Voraussetzung ist. An das Erfordernis der Rechtswidrigkeit werden strenge Anforderungen gestellt, in der Literatur ist manches streitig. Zum Teil wird die Rechtswidrigkeit nur in der Verletzung einer Rechtsnorm gesehen, die h.M. nimmt sie an bei der

16) ULMER, UW I EWG, S. 15

17) Italienisches Zivilgesetzbuch (1942), Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, herausg. vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht 6, 1965; italienischer Wortlaut bei HELDRICH, S. 34.

Verletzung eines subjektiven Rechts oder rechtlich geschützten Interesses¹⁸⁾. Damit sind die Haftungs-voraussetzungen bei einer Gesetzesverletzung noch enger gefaßt als nach deutschem und niederländischem Recht.

d. Nach allen genannten Bestimmungen ist Ersatz des verursachten Schadens zu leisten, z.T. primär als Geldersatz, z.T. primär in Naturalrestitution, teils nach freier richterlicher Schätzung, teils auf Grund konkreter Berechnung¹⁹⁾.

2) Die Gesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb und die Haftung für unlautere Wettbewerbs-handlungen²⁰⁾.

a. In Frankreich, Belgien und Luxemburg ist zunächst die gleiche Rechtsentwicklung zu beobachten. Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs war zwar nicht unbekannt, man glaubte jedoch auf eine Spezialgesetzgebung verzichten zu können. Man begnügte sich mit dem Schutz, den die Artikel 1382, 1383 cc dem verletzten Mitbewerber gewähren.

In Frankreich²¹⁾ fehlt auch heute noch - bis auf einige Gesetze des gewerblichen Rechtsschutzes - ein Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. In der Rechtsprechung zu art.1382 cc sind im Laufe der Zeit die Grundsätze zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs entwickelt worden. Danach hat der verletzte Mitbewerber mit der action en concurrence déloyale Anspruch auf Schadensersatz

18) HELDRICH, S. 34/35.

19) Im einzelnen dazu vgl. HELDRICH, S. 120 ff, 157 ff.

20) Die Darstellung folgt in erster Linie ULMER UW I EWG 1965 und ISAY-METTETAL, Intern.Wettb.-recht, Bd.I. Europa 1937.

21) ULMER, S. 6,7; METTETAL, S.117 ff (139 ff.)

(damnum emergens und damnum cessans, auch bei drohendem zukünftigen Schaden), er kann ein gerichtliches Verbot der Wiederholung der verbotenen Wettbewerbshandlung bei Vermeidung einer vom Gericht festzusetzenden und im Falle der Verwirkung an den Kläger zu zahlenden Geldstrafe (astreinte) erwirken; schließlich kann er das Urteil auf Kosten des Beklagten veröffentlichen. Eine Neuerung bringt das Finanzgesetz vom 2.7. 1963²²⁾. Dieses verbietet u.a. in Artikel 1 den Verkauf unter Selbstkosten (!) und gibt in Artikel 2 jedem Gewerbetreibenden, der eine Schadensersatzklage erhebt, die Möglichkeit, bis zur Entscheidung in der Hauptsache ein vorläufiges Verbot der dem Beklagten vorgeworfenen Handlung zu beantragen.

b. Belgien²³⁾ kennt seit dem Erlaß des Arrêté Royal vom 23.12.1934 zum Schutze von Industrie, Handel und Verbraucher gegen Methoden, die darauf abzielen, die normalen Bedingungen des Wettbewerbs zu verfälschen, eine Generalklausel²⁴⁾ zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Art.2 der VO nennt Einzeltatbestände. Vor allem neu gegenüber der bisherigen Praxis auf Grund des Art. 1382 cc ist der mit der VO gegebene Unterlassungsanspruch, der nunmehr in Belgien im Wettbewerbsrecht die größere Bedeutung hat.

Schadensersatzansprüche sind fernerhin nach art. 1382 cc gegeben.

22) Loi de Finances No.63-628 du 2 Juillet 1963 Rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, WuW 64, 221.

23)UIMER, S. 15

24) Text bei ISAY-METTETAL (BRAUN), S. 41 ff (49 ff).

c. Auch Luxemburg²⁵⁾ hat die Großherzogliche VO vom 15.1.1936 betreffend den unlauteren Wettbewerb erlassen, die eine Generalklausel enthält und einen Unterlassungsanspruch gewährt. Schadensersatzansprüche bestimmen sich unverändert nach art. 1382 cc.

d. Die Niederlande²⁶⁾ kennen nach wie vor kein Spezialgesetz. Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs ist aus der Rechtsprechung zu Art. 1401 BW entwickelt worden. Besonders bedeutsam war die Entscheidung des Hogen Raad vom 31.1.1919^{26a)}.

e. In Italien²⁷⁾ brachte erst die Neufassung des Codice Civile 1942 Sonderbestimmungen gegen den unlauteren Wettbewerb, und zwar in den Artikeln 2598 bis 2601, Art.2595 legt die allgemeinen Schranken für den Wettbewerb fest, Art.2598 normiert neben Einzeltatbeständen eine Generalklausel, Art.2599 gewährt ohne Schadens- und Verschuldensnachweis einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch, Art. 2600 den Schadensersatzanspruch bei Verschulden, wobei das Verschulden vermutet wird. Zivilrechtlich geschützt sind nur die Mitbewerber.

f. Alle Länder kennen demnach die Unterlassungsklage²⁸⁾. In Belgien und Italien bildet sie den Kern der zivilrechtlichen Sanktionen, in Frankreich und den Niederlanden ist der Unterlassungsanspruch nur iW.m. der Schadensersatzklage gegeben.

25) UIMER, S. 18; ISAY-METTETAL (LOESCH), S.325 ff.

26) UIMER, S.13 ff; ISAY-METTETAL (SALOMONSON), S.337.

26a)Nederlandse Jurisprudentie 1919, S.161;
vgl. o. S.65 f.

27) UIMER, S.11/12.

28) UIMER, S. 67 f.

Eine Beseitigungsklage ist in Italien möglich, in Belgien, Frankreich, Luxemburg kann die Beseitigung der Quelle weiterer Rechtsbeeinträchtigungen gerichtlich im Schadensersatzurteil angeordnet werden. In den Niederlanden ist der Beseitigungsanspruch nur in der Literatur bekannt²⁹⁾.

Schadensersatzansprüche bei schuldhafter Schadenszufügung sind in allen Ländern gegeben, ebenso kann nach allen Rechten die Veröffentlichung des Urteils verlangt werden³⁰⁾.

g. Neben diesen zivilrechtlichen Sanktionen verhängen alle Staaten auch Strafen und Geldbußen bei Verstößen gegen den unlauteren Wettbewerb. Sie kennen also alle die Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes im Wettbewerbsrecht.

3) Die nationale Kartellgesetzgebung und die Haftung für Verstöße³¹⁾

Soweit in den übrigen Mitgliedstaaten überhaupt Kartellgesetze erlassen sind, enthalten diese ausschließlich wirtschaftsrechtliche Normen und lediglich Straf- und Bußbestimmungen, zivilrechtliche Haftungsnormen (ähnlich dem § 35 GWB) sind in diese Gesetze nicht aufgenommen. Gleichwohl ist eine zivilrechtliche Haftung auch bei Verstößen gegen die Kartellgesetze anerkannt, sie bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht und den dazu entwickelten Grundsätzen (vgl. o.1).

29) ULMER, S. 69.

30) ULMER, S. 69 f.

31) Die Darstellung folgt der Arbeit von v.GAMM, Das Kartellrecht im EWG-Bereich, 1961, sowie der Zusammenfassung bei DERINGER, Art.85 II Rdrrn.129-138; ferner SENNEWALD, S.142 ff, 172 ff.

a. Im französischen Recht³²⁾ gilt zunächst Artikel 419 Code Pénal i.d.F. der Novelle vom 3.12.1926. Die Vorschrift befaßt sich nicht speziell mit Kartellen, sondern droht generell jedermann, einzelnen wie Gruppen, Strafe an für den Fall, daß

- (a) durch arglistige Täuschung oder Irreführung des Publikums oder andere unlautere Geschäftspraktiken, oder
- (b) mit dem Ziel, sich durch tatsächliche Beeinflussung des relevanten Marktes (action sur le marché) einen Gewinn zu verschaffen, der nicht das Ergebnis des freien Spiels von Angebot und Nachfrage ist,
- (c) die Preise künstlich verändert (erhöht oder gesenkt) werden. Verschärft ist die Strafandrohung, wenn die genannten Praktiken auf dem Lebensmittelsektor vorgenommen werden (art.420).

Auch heute noch wird die Kartellpolitik als ein Problem des Preisrechts angesehen. Am Anfang der neueren Gesetzgebung steht die VO Nr. 45 - 1483 vom 30.6.1945 zur Preisgestaltung und Preiskontrolle, deren kartellrechtliche Neufassung die VO Nr.53 - 704 v. 9.8.1953³³⁾ brachte. In der Folgezeit sind mehrere ergänzende VOen und ministerielle Rundschreiben ergangen. Es gelten jetzt³⁴⁾

32) v.GAMM, S.75 ff, SENNEWALD, aaO., DERINGER, Art.85 II Rdnrn.129 f; BAUDOUIN-BUGNET, WuW 54,662 ff; GÖTZ, H.Norbert, WuW 58,295; PLAISANT-LASSIER, WuW 60,427 ff; TEITGEN, Droit social 1960,603; MEZGER, AWD 63,181; FONTAINE, Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1962.

33) WuW 53, 643 und WuW 60,428.

34) Nach v.GAMM, S.76

(a) Art. 419 CP.

(b) VO Nr.45 - 1483 i.d.F. der VO

Nr.53 - 704 v. 9.8.1953,

Nr.58 - 545 v. 24.6.1958³⁵⁾,

Nr.59 - 1004 v. 17.8.1959³⁶⁾, und des Gesetzes

Nr.63 - 628 v. 2.7.1963,

(c) VO Nr.45 - 1484 v. 30.6.1945,

(d) VO Nr.54 - 97 v.27.1.1954³⁷⁾ i.d.F.der VO

Nr.59 - 1004 v. 17.8.1959.

Artikel 59 bis 59ter der VO Nr.45 - 1483 in der jetzt gültigen Fassung sprechen das Kartellverbot aus, Art.37 derselben VO enthält das hier interessierende Diskriminierungsverbot³⁸⁾. Danach sind verboten

(a) die Verkaufsverweigerung (Art.37 No.1a),

(b) diskriminierende Verkaufsbedingungen (Art.37 No.1a Abs.2),

(c) die diskriminierende Preiserhöhung (!) (Art.37 No. 1a Abs.2).

Vom Verbot der Verkaufsverweigerung nennen die ministeriellen Rundschreiben vom 15.2.1954 und vom 31.3.1960³⁹⁾ (circulaire "Fontanet") zwar zahlreiche Ausnahmen⁴⁰⁾, aber grundsätzlich unterliegen die französischen Unternehmen also einem Kontrahierungszwang.

Schadensersatzansprüche bei Verletzung der genannten Vorschriften werden nach art. 1382, 1383 cc gewährt. Wichtig ist, daß für eine Haftung nach

35) WuW 59, 213.

36) WuW 59, 879.

37) WuW 54, 476.

38) Vgl. dazu SENNEWALD, S. 142 ff.

39) WuW 61, 216.

40) v.GAMM, S.77 f.

art. 1382 cc wegen Gesetzesverletzung alle Rechtsnormen gleichwertig sind und in der französischen Rechtsprechung niemals eine Unterscheidung zwischen Gesetzen zum Schutze der Allgemeinheit und zum Schutze des Einzelnen getroffen worden ist. Nach einhelliger Ansicht⁴¹⁾ kann der Geschädigte seinen Ersatzanspruch vor den Zivilgerichten auch bei der Verletzung eines allein dem Schutze der Allgemeinheit dienenden Gesetzes geltend machen. Allerdings ist ihm nach der jüngsten Rechtsprechung der Cour de Cassation⁴²⁾ die Schadensersatzklage vor den Strafgerichten im Nebenverfahren, die sonst gewährt wird, in diesen Fällen versagt.

b. In Belgien⁴³⁾ gilt seit dem 1.7.1960 das Gesetz zum Schutz gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht vom 27.5.1960⁴⁴⁾. Schadensersatzansprüche bestimmen sich jedoch wie in Frankreich nach art. 1382 cc.

c. Das niederländische⁴⁵⁾ Gesetz über den wirtschaftlichen Wettbewerb vom 28.6.1956 i.d.F. des Gesetzes vom 16.7.1958⁴⁶⁾, in Kraft seit dem 14.11.1958, sieht in Art.2 den Anmeldezwang, in Art.6 die Allgemeinverbindlichkeitserklärung und in Art.19 die Unverbindlichkeitserklärung von Kartellen vor und regelt in Art.24 die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Nach Art.24 kann ein Kontrahierungszwang bestehen, Schadensersatzansprüche sind nach den zu Art.

41) Vgl. Lit. und Rspr. bei SENNEWALD, S. 173.

42) Vgl. die bei SENNEWALD, S.172 Fußn.622 zit.Rspr.

43) v.GAMM, S.65 ff; zum belg. Kartellrecht vgl. GÜNTHER, WuW 55, 242, Marmol, WuW 60, 629, DERINGER, Art.85 II Rdnrn. 131, 132.

44) WuW 60, 704, 775.

45) v.GAMM, S.86 ff; zum niederl.Recht vgl. CZAPSKI, WuW 56, 290 und WuW 58, 298, MOK WuW 59, 725 und WuW 60, 693; DERINGER, Art.85 II Rdnr. 134.

46) WuW 61, 30 ff.

1401 BW entwickelten Grundsätzen gegeben.

d. Dem italienischen⁴⁷⁾ Parlament liegen seit langem verschiedene Gesetzesentwürfe für ein Kartellgesetz vor, ohne daß es bisher zur Verabschiedung gekommen wäre. Nach dem Regierungsentwurf⁴⁸⁾ sollen Kartelle erlaubt, aber anmeldepflichtig sein, nach dem Malagodi-Entwurf⁴⁹⁾ sollen markt- und wettbewerbsbeschränkende Praktiken sowie Vereinbarungen und Absprachen verboten sein, soweit sie geeignet sind, ungerechtfertigte Preiserhöhungen (!) mit entsprechender Schädigung des Verbrauchers nach sich zu ziehen.

Zur Zeit enthält allein der Codice Civile in den Artikeln 2596, 2597, 2602-2620 Bestimmungen gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁵⁰⁾. Danach unterliegen nach Art.2597 gesetzliche - nicht tatsächliche - Monopole einem Kontrahierungszwang. Schadensersatzansprüche sind - mit der Einschränkung, daß subjektive Rechte verletzt sein müssen- nach Art. 2043 gegeben.

4) Vergleichende Auswertung der Erkenntnisse

Der Überblick über die verschiedenen nationalen Regelungen zeigt, daß alle Rechte Schadensersatzansprüche bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne gewähren, und zwar neben der strafrechtlichen Haftung des Verletzers.

47) VITO, WuW 52, 307 ff, DUCHINI, WuW 55, 556 ff, SCOTT-DEITERS, WuW 60, 112; v.GAMM, S. 82 ff.

48) WuW 52, 361

49) WuW 56, 385

50) v.GAMM, S.84, DERINGER, Art.85 II Rdnr.133.

Alle vier Voraussetzungen für zivilrechtliche Ansprüche sind gemeinsam:

- a. Eine irgendwie fehlerhafte Handlung,
- b. ein Schaden,
- c. der Kausalzusammenhang zwischen beiden,
- d. das Verschulden.⁵¹⁾

Die größte Bedeutung hat die zivilrechtliche Haftung des Schädigers wegen einer Gesetzesverletzung, die zumindest dort, wo ein Verbotsgesetz - wie Art. 60 EGKSV - verletzt ist, auf Grund des bürgerlichen Deliktrechts begründet wird. Unterschiede ergeben sich nur daraus, daß an den Charakter des verletzten Gesetzes verschiedene Anforderungen gestellt werden, damit zivilrechtliche Ansprüche des Geschädigten gegeben sind. Am strengsten ist das italienische Recht, das die Verletzung eines subjektiven Rechts des Klägers verlangt, am weitesten das französische (und luxemburgische) Recht, nach dem schlechthin jede Verletzung eines Gesetzes zum Ersatz des unmittelbar verursachten Schadens verpflichtet. Dazwischen liegen das niederländische Recht, das - allerdings nicht mit der gleichen Strenge wie das deutsche⁵²⁾ - dem Schutznormprinzip folgt sowie das belgische Recht, das sich gleichfalls durch das Erfordernis der Verletzung eines "intérêt légitime" diesem nähert. Danach läßt sich sagen, daß bei Verletzung des Art. 60 EGKSV als einer mit Gesetzeskraft in allen Mitgliedstaaten geltenden Verbotsnorm in Frankreich⁵³⁾, Luxemburg und Belgien mit einiger Sicherheit und wohl auch in den Niederlanden dem

51) Vgl. DERINGER, Art. 85 II Rdnr. 137.

52) Vgl. DERINGER, Art. 85 II Rdnr. 138.

53) Zustimmend ROBLOT, Droit social 1954, 561 (567).

dadurch Geschädigten Schadensersatzansprüche gewährt würden.

In Italien hängt die positive Entscheidung davon ab, ob die Rechtsprechung nach dem italienischen Recht anerkennen kann, daß Art. 60 EGKSV dem Geschädigten ein subjektives Recht oder ein rechtlich geschütztes Interesse verleiht. Ein unüberwindbares Hindernis dürfte - gerade im Hinblick auf die Rechtsvereinheitlichung - nicht bestehen. Dabei wird die Rechtsprechung die in dieser Hinsicht sehr bedeutsame Entscheidung des GH v. 5.2. 1963⁵⁴⁾ gebührend zu beachten haben.

Inhalt und Umfang der nach den nationalen Rechten gegebenen Schadensersatzansprüche sind nicht so unterschiedlich⁵⁵⁾, daß sich ihre Zusprechung im Bereich des Gemeinschaftsrechts aus rechts- oder

54) Rs 26/62 Rspr. IX S. 1 ff. Dort heißt es S. 25: "... Aus alledem ist zu schließen, daß die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind. Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht soll daher den Einzelnen ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen. Solche Rechte entstehen nicht nur, wenn der Vertrag dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch auf Grund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Gemeinschaft auferlegt." S. 26: "Der Umstand, daß dieser Artikel (Art. 12 EWGV) die Mitgliedstaaten als Adressaten der Unterlassungspflicht bezeichnet, schließt nicht aus, daß dieser Verpflichtung Rechte der Einzelnen gegenüberstehenden können." (!) Die Entscheidungen Rs 28-30/62 Rspr. IX S. 62 ff bestätigen dieses Urteil. Vgl. neuerdings auch GH Rs 57/65 NJW 66, 1630 = AWD 66, 285 m. Anm. v. P. ULMER aao, S. 277.

55) Vgl. HELDRICH, S. 120 ff.

integrationspolitischen Gründen verbieten müßte.

Nach diesem Exkurs in das Recht der Mitgliedstaaten sind im folgenden die Haftungsnormen zu nennen, die nach deutschem Recht für zivilrechtliche Ansprüche in Betracht kommen, um dann im Anschluß daran die Voraussetzungen für die Ansprüche im einzelnen zu prüfen.

3. Abschnitt: Die deutschen Gesetze und Einzelbestimmungen, aus denen zivile Rechtsfolgen zu entnehmen wären.

1) Nach § 134 BGB⁵⁶⁾ ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Rechtsgeschäften, die von der Rechtsordnung im Interesse der Allgemeinheit mißbilligt werden, versagt diese Rechtsordnung auch, wenn sie dennoch abgeschlossen werden, schlechthin den Rechtsschutz. Das gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Wichtig ist, daß der Zweck des betreffenden Verbotes genau ermittelt werden muß. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Zweck des Gesetzes die Nichtigkeit des verbotenen Geschäftes nach dessen objektiven Inhalt gebietet^{56a)}. Es kann sich dabei herausstellen, daß sich "aus dem Gesetz ein anderes ergibt" und die Folge der Nichtigkeit vom Gesetzgeber eben nicht beabsichtigt ist. Dieser Vorbehalt des § 134 BGB bietet den Vorteil einer

56) Der Vorschrift entsprechen im fr.Recht art.6 u. 1131, 1133 cc, im ital.Recht Art.31 mit 1343 cc.

56a) STAUDINGER-COING, § 134 Rdnr.6; RGRK-KRÜGER-NIELAND, § 134 Anm.22. Ebenso im ital.Recht. Nach fr.Recht bestimmt sich das Vorliegen eines Verbotsgesetzes i.S.d. art.1133 cc nach seiner Zugehörigkeit zum ordre public, vgl. RIPERT II, Nr.103 ff. Das Rechtsgeschäft ist aber - außer wenn es gegen den ordre public verstößt - nicht ipso iure nichtig, sondern nur durch Urteil vernichtbar.

gewissen Flexibilität in der Anwendung der Vorschrift.

Art. 60 § 1 EGKSV verbietet Praktiken unlauteren Wettbewerbs und diskriminierende Praktiken. Diese verbotenen Praktiken werden in den meisten Fällen in Form von Rechtsgeschäften (Verträgen) vorgenommen sein, da das Verbot nur auf dem Gebiet der Preise gilt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob solche Geschäfte nicht gemäß § 134 BGB nichtig sind.

2) Nach § 1 UWG kann derjenige, der im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Die Vorschrift stellt eine Generalklausel ⁵⁷⁾ dar, auf Grund derer sich die betroffenen Mitbewerber gegen unlautere Wettbewerbshandlungen eines Konkurrenten zur Wehr setzen können. Unlauter ist eine Wettbewerbshandlung - d.h. eine Handlung im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs - nur, wenn sie nach den Anschauungen eines verständigen und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden des betreffenden Geschäftszweiges gegen die dort anerkannten guten Sitten verstößt ⁵⁸⁾. Der Rechtsschutz gegen rechtswidrige unlautere Wettbewerbshandlungen ist im UWG grundsätzlich privatrechtlich gestaltet ⁵⁹⁾. Indem § 13 UWG gegen Verstöße die Klagebefugnis auf Unterlassung bzw. auf Schadensersatz gewährt, wird der Schutzzweck ⁶⁰⁾ des Gesetzes - Bekämpfung

57) B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II § 1 UWG Rdnr. 1

58) B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II Einl.UWG, Rdnrn 56 ff mit Hinweisen auf die im klassischen Wettbewerbsrecht besonders wichtige, normausfüllende Rspr.

59) B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II Einl.UWG, Rdnr. 42

60) Vgl. dazu den Überblick bei FIKENTSCHEER, Wettbewerb und gewerbl.Rechtsschutz, S.157-162, 223 ff.

unlauterer Wettbewerbsmethoden⁶¹⁾ im Interesse der Mitbewerber, der übrigen Marktbeteiligten und der Allgemeinheit⁶²⁾ mit den Mitteln des Privatrechts zur Geltung gebracht⁶³⁾ und seine Erreichung i.d.R. ausschließlich der Privatinitiative der Mitbewerber überlassen.

Daneben ist aber auch - wie bereits erwähnt⁶⁴⁾ - in einigen Vorschriften eine strafrechtliche Ahndung unerlaubter Wettbewerbshandlungen bestimmt, so in den Fällen der §§ 4, 6, 10, 11, 17, 18 UWG. Es ist hervorzuheben, daß für die Fälle der §§ 17, 18 UWG ausdrücklich in § 19 UWG eine zusätzliche Schadensersatzpflicht normiert ist. Zwar tritt eine Strafverfolgung gemäß § 22 UWG in den meisten Fällen nur auf Antrag ein. Die Existenz der Strafvorschrift beweist jedoch eine Dualität⁶⁵⁾ des Interessenschutzes auch im UWG. Das Gesetz bezweckt den Schutz sowohl der Individualinteressen (der Mitbewerber) als auch der Allgemeininteressen⁶⁶⁾. Im UWG überwiegt dabei der Individualschutz. Wichtig ist die Feststellung, daß die eine Zielrichtung die andere nicht ausschließt und die Dualität sich auch im Rechtsschutz ausprägt⁶⁷⁾. Diese Erkenntnis kann u.U. für unsere

61) B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., I Allg.Rdnr.79, 80

62) B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II Einl.UWG Rdnr.40

63) B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II Einl.UWG Rdnrn.35, 42.

64) Vgl. o. 3.Kap. 1.Abschn.

65) B.-HEFERMEHL, 9.Aufl.I.Allg., Rdnr.81

66) B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II Einl.UWG, Rdnr.35, sog. soziale Funktion des Wettbewerbs. Vgl. dazu auch FIKENTSCHER, Wettbew.Rsch., S. 203

67) Vgl. RAISER, Summum ius, S. 156.

Fragestellung im Hinblick auf die Rechtsfolgen aus Art. 60 EGKSV von Bedeutung sein.

3) Diese Überlegung gilt umgekehrt entsprechend für das GWB. § 38 GWB nennt einen Katalog von Tatbeständen einer Ordnungswidrigkeit sowie die bei Vorliegen von Verstößen zu verhängenden Geldbußen. Weitere Tatbestände sind in § 39 GWB genannt. Damit ist ein nahezu vollständiger Rechtsschutz gegenüber Verstößen gegen die Vorschriften des GWB normiert. Das entspricht der Zielsetzung des Gesetzes, den Wettbewerb als beherrschendes Ordnungsprinzip der Wirtschaft herzustellen und zu gewährleisten sowie dessen Freiheit zu erhalten. Dieser Schutzzweck gilt der Volkswirtschaft im ganzen, somit den Interessen der Allgemeinheit. Er entspricht der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des Gesetzes. Insofern besteht ein Interesse auch an einem öffentlichen⁶⁸⁾ Rechtsschutz.

Damit ist aber nur die eine Zielrichtung des GWB gekennzeichnet. Mit der wirtschaftspolitischen korrespondiert eine gesellschaftspolitische⁶⁹⁾ Zielsetzung. Sie bezweckt den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit als Bestandteil der allgemeinen persönlichen Entfaltungsfreiheit, wie sie in Art. 2 Abs. 1 GG garantiert ist⁷⁰⁾. Der Freiheitsschutz schlechthin zählt zu den obersten Prinzipien des Rechtsstaates, in dessen moderner Ausprägung allerdings im Rahmen sozialer

68) Vgl. § 81 Abs. 2, § 82 Abs. 5 GWB

69) B.-HEFERMEHL, 9. Aufl., I Allg. Rdnr. 77, 8. Aufl., VI Einl. GWB, Rdnr. 5. Hier sind die Gedanken des ORDO-Liberalismus fruchtbar geworden. Vgl. KAHRS, S. 106 f., 119, BIEDENKOPF, S. 261.

70) Vgl. dazu und zum folgenden FINKENTSCHE, Wettbewerb und gewerbl. Rechtsschutz, S. 200 ff; B.-HEFERMEHL, a.a.O.; KAHRS S. 105 ff., bes. S. 108, 110.

Bindungen⁷¹⁾ (Sozialstaatsprinzip, Art.20 Abs.1 GG; das GWB ist durch seine Wechselwirkung zwischen Freiheitsschutz und sozialer Bindung zugunsten einer beständigen funktionierenden Wettbewerbswirtschaft geradezu gekennzeichnet). Die Entfaltungsfreiheit des Einzelnen war also zur Verwirklichung einer freiheitlichen Gesamtordnung auch im wirtschaftlichen Bereich zu gewährleisten und vor Beeinträchtigungen zu schützen. Abgesehen von dieser prinzipiellen Erwägung ist für die Schutzfunktion des GWB maßgebend, daß der Wettbewerb als solcher erst auf der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Einzelnen beruht und ohne sie sich gar nicht entfalten kann⁷²⁾. Andererseits findet die wirtschaftliche Freiheit ihr Betätigungsfeld erst in einer (freien) Wettbewerbsordnung. So bedingen sich beide - Wettbewerb und Freiheit - gegenseitig⁷³⁾. Folglich muß ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sich den Schutz beider zum Ziele setzen. Die oben⁷⁴⁾ für das UWG festgestellte Dualität gilt also auch hier; sie wird im GWB besonders deutlich. Der in gleichem Maße vom Gesetz bezweckte Individualschutz findet seine sichtbare Ausprägung in § 35 GWB. Nach dieser Vorschrift ist zum Schadensersatz und zur Unter-

71) Vgl. BIEDENKOPF, S.31 f: Bindung durch gleiche Freiheit.

72) Vgl. BALLERSTEDT, Grundrechte III 1, S.45: Man kann Wettbewerb nicht befahlen, nicht rechtlich schaffen! "Der Gesetzgeber kann zwar befahlen, verbieten und ermächtigen, aber er kann nicht die Energien schaffen, welche seine Regelungen mit Leben erfüllen".

73) B.-HEFERMEHL, 8.Aufl., VI Einl.GWB, Rdnr.2, vgl. auch MESTMÄCKER, JZ 64, 441 (443, 445) zur Wechselwirkung zwischen Wettbewerb und Vertragsfreiheit.

74) Vgl. o. 3.Kap., 3.Abschn.2).

lassung verpflichtet, wer gegen eine Bestimmung des GWB verstößt, sofern mit ihr der Schutz des geschädigten Dritten bezweckt ist. Als Schutzgesetz i.S.d. Vorschrift gilt insbesondere auch das in § 26 Abs.2 GWB normierte Diskriminierungsverbot für Kartelle sowie marktbeherrschende und preisbindende Unternehmen⁷⁶⁾. Auch das GWB kennt also private Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche beeinträchtigter Dritter auf Grund der Vorschrift des § 35 GWB, trotz des überwiegend öffentlich-rechtlichen - mittels Verwaltungsmaßnahmen des Bundeskartellamtes und Bußgeldandrohung im Gesetz - gestalteten Rechtsschutzes⁷⁷⁾. Da nach einhelliger Meinung auch dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB die erwähnte Dualität innewohnt, liegt der Gedanke nahe, die Grundsätze des GWB auch auf das Diskriminierungsverbot des EGKSV anzuwenden.

4) Schließlich kommt nach deutschem Recht, ähnlich dem Art. 1382 code civil, für Verstöße im Wettbewerbsrecht eine Haftung nach § 823 Abs.1 und Abs.2 BGB in Betracht⁷⁸⁾. Nach Abs.1 ist derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, der vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges

75) V.-HEFERMEHL, 8.Aufl., VI § 35 GWB, Rdnr.2; BENISCH i.Gem.Kom., 2.Aufl., § 35 Rdnr.12; FRANKF.KOMM. § 35 Tz. 100 ff.

76) BENISCH, a.a.O., Rdnr.3; B.-HEFERMEHL, a.a.O., Rdnr.5; KAHRS, S. 191, auch LEO, WuW 59, 495 f; h.M., Nachw.s.FRANKF.KOMM. § 35 Tz.40.

77) Vgl. FRANKF.KOMM., Einl. D Tz. 27; BGH Urt. v.25.2.1959 WuW/E 288 (!). Vgl. auch RAISER in Sumnum ius, S.157 und in Kartelle und Monopole II, S.535.

78) RAISER, Sumnum ius, S.158, 160 stellt auch § 823 I und II in den Zusammenhang Institutionsschutz-Individualschutz. § 823 II kommt danach mehr der Institutionsschutz zu. Dieser Gedankengang ist schon erkennbar in JZ 61,472.

Recht eines anderen widerrechtlich verletzt. Als verletztes Rechtsgut im Wirtschaftsleben kommt vor allem das von der Rechtsprechung als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs.1 anerkannte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Frage. Die Vorschrift des § 823 Abs.2 BGB verpflichtet denjenigen zum Schadensersatz, der gegen ein den Schutz des Geschädigten bezweckendes Gesetz verstößt. In den vorstehenden Ausführungen ist dargelegt, daß sowohl das UWG wie auch das GWB - dieses freilich nicht ausnahmslos mit allen Bestimmungen, wie schon der Wortlaut des § 35 GWB beweist - solche Schutzgesetze sind. Auch wird z.T. anerkannt, daß § 823 neben § 1 UWG und § 35 GWB anwendbar ist. Es besteht Anspruchskonkurrenz⁷⁹⁾. Art. 60 § 1 EGKSV ist eine Verbotsbestimmung, die in der Bundesrepublik Deutschland mit Gesetzeskraft gilt. Sie bezweckt auch den Schutz Einzelner⁸⁰⁾. Es ist evident, daß § 823 Abs.2 BGB für die Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 60 EGKSV eine zivilrechtliche Haftung begründet, von großer Bedeutung ist. Denn vielfach verhilft die Vorschrift dem Verletzten gerade in den Fällen erst zu einem Schadensersatzanspruch, in denen das übertretene Gesetz selbst keine Anspruchsnormen enthält⁸¹⁾. Schließlich sei erwähnt, daß für den Verletzten

79) So FIKENTSCHER, Wettb. u.gewerbl.Rsch. S.155, 249 ff. sowie WuW 58, 265; B.-HEFERMEHL, 8. Aufl., VI § 35 GWB Rdnr. 1,2, 9.Aufl., II Einl. UWG Rdnrn.46,222; BENISCH in GEM.KOMM. § 35 Rdnr.14; ERMAN-DREES, Vor § 823 Anm. 3 b, cc; SOERGEL-SIEBERT-LINDENMAIER-SCHRÄDER, Vor § 823 Rdnr.36; a.A. LEO, WuW 59,486; FRANKF. KOMM. § 35 Tz.93 (Gesetzeskonkurrenz).

80) Vgl. o. 2.Kap. 2.Abschn.5) a.

81) LEO, WuW 59, 486 meint, daß die Bedeutung des § 823 Abs.2 BGB sich in einer allein subsidiären Funktion erschöpft.

noch der mit den Schadensersatzansprüchen aus § 35 GWB und § 823 BGB eng verflochtene Abwehranspruch analog § 1004 BGB in Frage kommt. Danach kann der Verletzte gegen den Störer auf Unterlassung der widerrechtlichen beeinträchtigenden Handlungen klagen, wenn nach bereits erfolgter Verletzung Wiederholungsgefahr besteht. Er kann sich mit der Klage aber auch schon dann zur Wehr setzen, wenn eine widerrechtliche Beeinträchtigung erstmalig ernsthaft und unmittelbar zu befürchten ist⁸²⁾.

4. Abschnitt: Übertragung der Rechtsgedanken aus dem nationalen Recht auf das Gemeinschaftsrecht

Ein Überblick über die nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht zeigt also, daß (volkswirtschaftliches) Allgemeininteresse und privater Rechtsschutz Hand in Hand gehen. Wenn das ebenso gilt für das Gemeinschaftsrecht, zumindest für den hier interessierenden Art. 60, so bestehen für die grundsätzliche Anerkennung zivilrechtlicher Folgen eines Verstoßes keine Hindernisse. Es brauchten dann lediglich die konkreten Voraussetzungen der Rechtsfolgen und ihr Umfang im einzelnen nach dem anzuwendenden nationalen Recht näher bestimmt zu werden.

Eine doppelte Schutzfunktion kennzeichnet auch die beiden Verbote des Art. 60 § 1⁸³⁾. Die im nationalen Wettbewerbsrecht vorgefundene Dualität⁸⁴⁾ herrscht also auch hier. Dabei gilt auch im Bereich der europäischen Gemeinschaft die für die nationale

82) Im einzelnen dazu unten 4. Kap. 1.Absch.2) b.

83) Vgl. o. 2.Kap. 2.Abschn. 4),5.

84) Vgl. o. S. 75, 77

Wirtschaftsordnung gefundene Erkenntnis, daß die Allgemeininteressen und die Individualinteressen konform gehen, sich teilweise sogar gegenseitig bedingen. In den Ausführungen zu § 35 GWB⁸⁵⁾ ist das bereits näher dargelegt. Im Gemeinschaftsrecht lassen sich grundsätzlich die gleichen Zusammenhänge aufzeigen. Der Gemeinsame Markt formt eine Volkswirtschaft in einem größeren Raum, die ebenfalls von der Initiative, der Freiheit und Gleichheit der einzelnen Unternehmen lebt. Gemäß Art. 2 steht die Wirtschaft des Gemeinsamen Marktes in Einklang mit der Gesamtwirtschaft der Mitgliedstaaten. Grundsätzlich aber ist in allen Mitgliedstaaten, mehr oder weniger stark ausgeprägt, die Unternehmerwirtschaft anerkannt. Von dieser nicht zu trennen ist das Wettbewerbsprinzip, dessen Gültigkeit auch für den Gemeinsamen Markt schon festgestellt wurde⁸⁶⁾, ungeachtet der freilich zahlreichen nicht unerheblichen Einschränkungen durch den Vertrag, die vorwiegend durch die Marktgegebenheiten der Schwerindustrie und durch das Integrationsprinzip bedingt sind. Da aber in der europäischen Gemeinschaft die Grenzen gefallen sind und an deren Stelle die möglichst umfassend angestrebte Integration getreten ist, wird der Gemeinsame Markt gebildet von den einzelnen Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft und nicht etwa von den einzelnen Volkswirtschaften en bloc. Folglich wirkt auch hier die Wechselbeziehung zwischen freiheitlicher Wettbewerbsordnung und Freiheits- und Gleichheitsrechten der einzelnen Marktteilnehmer. Entsprechend

85) Vgl. o. 3. Abschn. 3).

86) Vgl. o. 2. Kap. 2. Abschn. 3).

ist der Rechtsschutz ausgestaltet. Art. 60 und Art. 65, 66 EGKSV sind in der BRD mit Gesetzeskraft geltendes Wettbewerbsrecht, das dem entsprechenden deutschen Recht (vor allem §§ 1,2-12,22,23,26 GWB) nicht nur nicht entgegengesetzt ist, sondern in den Grundprinzipien (Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt, Mißbrauchsaufsicht bei marktbeherrschenden Unternehmen, Diskriminierungsverbot) weitgehend übereinstimmt, das z.T. auch bei der Entstehung des GWB als Vorbild nicht ohne Bedeutung gewesen ist. Die Überlegung, die im oben⁸⁷⁾ gegebenen Überblick zum GWB über dessen Schutzzweck und Rechtsschutz angestellt wurden, sind deshalb auch hier im Gemeinschaftsrecht zutreffend.

Demzufolge kann gesagt werden, daß die Verwaltungsmaßnahmen der HB und die Möglichkeit der Bußgeldverhängung gemäß Art.64 der Durchsetzung des politischen und wirtschaftlichen Allgemeininteresses in der EGKS dienen. Dem bezweckten Individualschutz dagegen ist allein damit nicht zur Wirksamkeit verholffen⁸⁸⁾. Dem Einzelnen muß die Möglichkeit gegeben sein, seine geschützten Interessen selbst wahrzunehmen^{88a)} und nicht allein auf das Ermessen der HB (Art.64) angewiesen zu sein. Abgesehen davon, daß ein Bußgeldverfahren i.d.R. sehr lange dauern wird⁸⁹⁾, vermag es auch in seiner Zielsetzung und in den Rechtsfolgen dem Einzelinteresse des Geschädigten keineswegs gerecht zu

87) Vgl. o. 3. Abschn. 3).

88) BAYER, S. 235, LANG, S. 283 ff.

88a) Vgl. FIKENTSCHER, BB 56, 796.

89) Im Zivilverfahren besteht die Möglichkeit der einstweiligen Verfügung. Überhaupt kann die Einleitung des Zivilverfahrens zum frühest möglichen Zeitpunkt erfolgen dank des Selbstschutzesinteresses des Einzelnen, während im Bußgeldverfahren der Tatbestand der HB erst einmal zur Kenntnis gelangen muß.

werden⁹⁰⁾. Zudem wird durch einen zivilen Rechtsschutz in politisch und rechtspolitisch wünschenswerter Weise dazu beigetragen, daß das europäische Gemeinschaftsrecht im Rechtsbewußtsein der betreffenden Wirtschaftskreise fester Fuß faßt⁹¹⁾ und durch seine Anwendung auch in der nationalen Rechtsprechung zu einer gemeinschaftsrechtlichen Durchdringung der Spruchpraxis führt^{91a)}. Daß der private Rechtsschutz im EGKSV selbst nicht geregelt ist, steht seiner Anerkennung nicht entgegen. Der Vertrag konnte auf dem Gebiet des Privatrechts keine Bestimmungen treffen⁹²⁾.

Eine vergleichbare Rechtslage herrschte z.Z. der Gültigkeit der alliierten Dekartellierungsgesetze. Diese sahen gleichfalls einen zivilen Rechtsschutz nicht vor, der aber dennoch von der Rechtsprechung nach den allgemeinen Grundsätzen, d.h. nach § 823 Abs. 2 BGB, gewährt wurde, und zwar insbesondere bei Verstößen gegen das Boykott- und Diskriminierungsverbot (Art. V 9 c des Gesetzes Nr.56 für die US-Zone)⁹³⁾.

90) Vgl. LANG, S. 283.

91) Vgl. BALLERSTEDT, S.26.

91a) Richtungsweisend kann deshalb das Urt. des GH v. 5.2.1963 Rs 26/62, Rspr. IX S.1 ff., angesehen werden.

92) Vgl. o. 1.Kap. 3.Abschn. 2) a.

93) FRANKF.KOMM. § 35 Tz. 1,40; B.-HEFERMEHL, 8. Aufl. § 35 Rdnr.1; zuerst LG München-gladbach Urt. v. 20.11.1947 NJW 48,525; vgl. BGH Urt. v. 16.3.1954 BGH 13, 33; OLG Düsseldorf Urt. v. 11.4.1950 BB 1950, 490 sowie Urt. v. 10.3.1953 NJW 53, 1267; OLG Frankfurt Urt. v. 6.10.1955 BB 56, 127 (128); MÖHRING, GRUR 1949, 271 (273) mit weit. Nachw. der Lit. zum Dekart.recht.

Daß schließlich ein öffentlicher Rechtsschutz mittels Buß- oder Strafandrohung dem zivilen Rechtsschutz nicht entgegensteht, sondern den betreffenden Verbotsnormen im Allgemeininteresse besonderen Nachdruck verleiht⁹⁴⁾, im übrigen beide aber, miteinander korrespondierend, verschiedenen Zwecken dienen, ist auch vom RG im 116. Bd. S. 151 grundlegend entschieden und danach zu st. Rspr. entwickelt worden⁹⁵⁾.

So soll im folgenden versucht werden, aus dem deutschen Recht die zivilen Rechtsfolgen, die ein Verstoß gegen Art. 60 § 1 EGKSV auslösen kann, im einzelnen zu bestimmen.

4. K A P I T E L

=====

Die einzelnen zivilen Rechtsfolgen

1. Abschnitt: Die Rechtsfolgen der verbotenen Praktiken unlauteren Wettbewerbs

1) Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäfts

a. Wie im vorstehenden Kapitel im Überblick bereits erwähnt, kann ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, gemäß § 134 BGB nichtig sein. Diese Vorschrift erstreckt sich naturgemäß nur auf Rechtsgeschäfte. Art. 60

94) Vgl. ENN.-LEHMANN § 252 I 2 Fußn. 1, der dort in diesem Zusammenhang auf das Nebeneinander von Unterlassungsklage und Strafandrohung im Wettbewerbsgesetz hinweist.

95) RGRK-HAAGER, Vor § 823 Anm. 82 und die dort zit. Rspr., B.-HEFERMEHL, 9. Aufl., II Einl. UWG, Rdnrn. 166, 177.

§ 1,1 verbietet ganz allgemein die P r a k t i -
k e n unlauteren Wettbewerbs. Mit diesem weiten
Begriff sollen sämtliche mißbilligten Wettbewerbs-
handlungen erfaßt werden, also sowohl Tathandlun-
gen wie Rechtshandlungen. Nur die zuletzt genannten
können im Zusammenhang des § 134 BGB Gegenstand
der Überlegungen sein. Und zwar ist es denkbar,
daß ein Rechtsgeschäft entweder selbst unlauter
und damit verbotswidrig ist, oder selbst zwar an
sich neutral ist, aber unmittelbar auf unlauteren -
auch nicht rechtsgeschäftlichen - Wettbewerbs-hand-
lungen beruht. Da sich das Verbot nur gegen
unlautere Praktiken "auf dem Gebiet der Preise"
richtet, kommen nur Rechtsgeschäfte, i.d.R.
Kaufverträge, in Betracht, die unzulässige Preis-
vereinbarungen beinhalten. In erster Linie sind
es aber Geschäfte, die auf nur vorübergehenden
oder nur örtlichen Preissenkungen beruhen und
die herabgesetzten Preise anwenden. Unlauter
auf dem Gebiet der Preise können aber auch andere
Geschäfte sein, in denen etwa eine Preisschleuderei,
Vernichtungsunterbietung oder versteckte Rabatt-
gewährung¹⁾ zu sehen wäre.

Ob den genannten Rechtsgeschäften jedoch der
gewollte Rechtserfolg schlechthin versagt bleibt,
ergibt sich nicht allein aus § 134 BGB. Das ist
vielmehr aus Sinn und Zweck des Art. 60 § 1,1
und dem Gesamtzusammenhang des EGKSV zu bestimmen.
Dabei sind auch die Folgen der Nichtigkeit denen
des verbotenen Rechtsgeschäftes gegenüberzustellen
und in ihren jeweiligen Auswirkungen auf die
Rechtsordnung und damit auf die Allgemeinheit
zu bewerten. Eine klare lautere Preispolitik ist

1) Vgl. ZIMMERMANN, S. 96.

der Gemeinschaft, wie sich aus dem gesamten 5. Kapitel des Vertrages ergibt, ein wesentliches Anliegen, und die Monopolbekämpfung zählt zu den Grundprinzipien des Vertrages²⁾. Wenngleich von großer Bedeutung für den Gemeinsamen Markt, gebieten diese Grundsätze noch nicht, den sie verletzenden Rechtsgeschäften die Wirksamkeit zu versagen. Das wäre eine schwerwiegende Rechtsfolge, die bei der Alltäglichkeit der Kaufverträge mit Unternehmen der Kohle- und Stahlindustrie eine Rechtsunsicherheit in den Verkehr brächte, die mit dem Ziel der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs und der Monopolbildung nicht zu rechtfertigen wäre^{2a)}. Auch würden von dieser Rechtsfolge in gleicher Weise die Vertragspartner, die nicht dem EGKSV unterliegen, betroffen³⁾, obwohl das Verbot nur für Unternehmen i.S.d. Art. 80 gilt⁴⁾. Schließlich bestimmt der Vertrag nur in einem einzigen Falle die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, und zwar ist diese Folge in Art. 65 § 4 eigens ausgesprochen⁵⁾. Wäre es die Absicht der Vertragsschließenden gewesen, auch dem Verbot des Art. 60 § 1, 1 diese Durchschlagskraft zu geben, so hätte es nahe gelegen, das auch dort ebenso unmißverständlich zum Ausdruck zu bringen⁶⁾. Das ist nicht geschehen.

2) Vgl. LANG, S. 282.

2a) Ebensowenig dürfte in Frankreich gem. art. 1133cc Art. 60 EGKSV zum. ordre public der innerstaatl. Rechtsordnung gezählt werden, wenngleich zum ordre public auch die Wirtschaftsordnung gerechnet wird, vgl. RIPERT II Nr. 103.

3) Vgl. LANG, S. 283.

4) Nach h.M. bietet die Einseitigkeit des Verbotes einen Anhaltspunkt für die Gültigkeit des zuwiderlaufenden Rechtsgeschäfts, vgl. RG 100, 40; 104, 107; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 134 Rdnr. 14.

5) Aus Art. 80 ergibt sich, daß in diesem Falle montanfremde Unternehmen von der Nichtigkeit nicht betroffen sein können. In Art. 66, wo dies wieder möglich ist, ist die Folge der Nichtigkeit nicht vorgesehen.

6) Vgl. LANG, S. 282.

Vielmehr hat man sich mit der strafrechtlichen Sanktionierung gemäß Art. 64 begnügt und im übrigen die Bekämpfung unlauterer Praktiken - wie noch zu zeigen sein wird - der privaten Initiative der Geschädigten überlassen. Aus Art. 60 § 1,1 selbst ergibt sich daher, daß unlautere Rechtsgeschäfte i.S.d. Vorschrift ungeachtet ihrer Verbotswidrigkeit rechtswirksam sind⁷⁾.

b. Eine Nichtigkeit nach § 138 BGB tritt nicht schon deshalb ein, weil die Rechtsgeschäfte, die der Vertrag in Art. 60 § 1,1 verbietet, unlauter und damit sittenwidrig sind. Nach § 138 BGB sind nur die Rechtsgeschäfte nichtig, die gegen die allgemeine Sittenordnung verstoßen.

Ob eine Wettbewerbshandlung unlauter ist i.S.d. Art. 60 § 1,1, bestimmt sich dagegen nach den Grundsätzen des Gemeinsamen Marktes und nach dem allgemeinen Handelsbrauch in der Kohle- und Stahlindustrie. Eine Nichtigkeit nach § 138 BGB ist deshalb kein speziell montanrechtliches Problem, sondern bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen, die im Rahmen des § 138 BGB entwickelt worden sind; m.a.W. es müssen besondere Umstände hinzutreten, um ein Rechtsgeschäft, das bereits gegen Art. 60 § 1,1 verstößt, auch nach § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig erscheinen zu lassen⁸⁾.

7) Ebenso LANG, S. 283. Die übrigen Autoren behandeln dieses Problem nur im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot. Dazu vgl. die Ausführungen im folgenden Abschnitt. Auch im deutschen Wettbewerbsrecht sind Verträge, die durch unlautere Wettbewerbshandlungen zustande gekommen sind, rechtswirksam. Nur besondere Umstände können Nichtigkeit nach §§ 134, 138 BGB bewirken, vgl. B.-HEFERMEHL, 9. Aufl. II § 1 UWG Rdnr. 451.

8) Vgl. Fußn. 7).

2) Anspruch auf Schadensersatz, Unterlassung und Beseitigung

a. Ansprüche nach § 1 UWG:

Als Anspruchsnorm für einen Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch kommt § 1 UWG in Betracht⁹⁾. Eine solche Lösung durch unmittelbare Heranziehung des § 1 UWG (und der entsprechenden Bestimmungen der nationalen Rechte der übrigen Mitgliedstaaten) schwebt BAYER vor, als er forderte, "der Art.60 (müsse) zur Erlangung zivilrechtlicher Sanktionen in die nationalen Wettbewerbsordnungen eingebaut werden"¹⁰⁾. Nach seiner Ansicht hat der Begriff "concurrency déloyale" in Art.60 § 1,1 dieselbe Bedeutung wie in den nationalen Rechtsordnungen; die nach dem Vertrag untersagten Handlungen stellen nur besondere Erscheinungsformen des unlauteren Wettbewerbs dar. Dabei ist Bayer so zu verstehen, daß er auf Grund dieser Überlegung § 1 UWG auch auf Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 60 § 1,2 angewendet wissen will.

Diese Auffassung begegnet Bedenken. Eine besondere Gesetzgebung gegen unlauteren Wettbewerb kennen nur das deutsche, das belgische und das italienische Recht. In Frankreich, Luxemburg und den Niederlanden werden Wettbewerbsverstöße nach den allgemeinen Gesetzen behandelt. In diesen Mitgliedstaaten müßten folglich auch auf einen Verstoß gegen Art.60 die allgemeinen Grundsätze des Deliktsrechts angewendet werden. Diese Möglichkeit besteht aber auch in den Staaten mit einer Sondergesetzgebung gegen den unlauteren

9) Vgl. o. 3.Kap. 3.Abschn. 2).

10) BAYER, S. 355 f.

Wettbewerb, und zwar in Deutschland nach § 823 Abs.1 und 2 BGB, in Belgien nach Art. 1382 cc, in Italien nach Art. 2043 cc. Um einer einheitlichen rechtlichen Behandlung willen empfiehlt es sich, Verstöße gegen Art. 60 generell nach den allgemeinen Vorschriften zu behandeln.

Art. 60 § 1,1 ist auch nicht als Ergänzungstatbestand zu den nationalen Einzelgesetzen gedacht, wie Bayer meint. Das kann schon deshalb nicht richtig sein, weil eben nur die Hälfte der Mitgliedstaaten solche Gesetze kennt. Die Vorschrift ist vielmehr Bestandteil des spezifisch montanrechtlichen, d.h. europäischen Wettbewerbsrechts im weitesten Sinne. Eine besondere Normierung erschien gerade auch deshalb angebracht, weil in einigen Mitgliedstaaten feste gesetzliche Tatbestände fehlen. Auch kann - entgegen Bayer -¹¹⁾ dieses europäische Wettbewerbsrecht durchaus neben dem nationalen Recht bestehen, wie beispielsweise in § 101 Nr. 3 GWB ausdrücklich anerkannt, wie auch ein Blick auf Art. 85, 86 EWGV und die dazu ergangene VO Nr.17 zeigt. Unlautere Praktiken, die nicht auf dem Gebiet der Preise erfolgen, und die nicht gegen die Prinzipien der Art. 2-4 verstoßen, sind nach wie vor nach dem nationalen Recht zu beurteilen. Eine "Einpassung" des Art.60 in das nationale Wettbewerbsrecht dürfte deshalb in der rechtlichen Konstruktion Schwierigkeiten bereiten. ME. käme nur eine analoge Anwendung des § 1 UWG in Betracht. Auf diese Lösung wäre jedoch nur zurückzugreifen, wenn andere Vorschriften unmittelbar nicht zur Verfügung ständen¹²⁾. § 1 UWG - und die entspre-

11) BAYER, S. 356.

12) Gegen BAYER auch LANG, S.286. Unanwendbar wäre § 1 UWG überhaupt bei Verstößen gegen

chenden Regelungen in den übrigen Mitgliedstaaten - ist deshalb für das Gemeinschaftsrecht nur insoweit ergiebig, als aus ihm und der in seiner Anwendung vorliegenden Rechtsprechung ersehen werden kann, daß und in welchem Umfang im nationalen Recht privatrechtliche Ansprüche gegen unlauter handelnde Konkurrenten gegeben werden. Daraus können Schlüsse zu ziehen sein, auf eine privatrechtliche Wirkung des Art. 60 überhaupt - vgl. o. Kap. 3 Abschn. 4 -, selbst als Anspruchsgrundlage vermag die Vorschrift nicht zu dienen. Der Vorschlag Bayers befriedigt also nicht¹³⁾. Nach anderen Lösungsmöglichkeiten soll im folgenden gesucht werden.

b. Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB:

Ein Schadensersatzanspruch und als besondere Erscheidungsform desselben ein Unterlassungsanspruch kann dem beeinträchtigten Mitbewerber nach § 823 Abs. 2 BGB zustehen. Art. 60 § 1, 1 ist in den vorangegangenen Erörterungen bereits als Verbotsgesetz zum Schutze der Mitbewerber charakterisiert¹⁴⁾. Und zwar wird es seiner Ausgestaltung und Zielrichtung nach auch den Anforderungen der Rechtsprechung¹⁵⁾ zu § 823 Abs. 2 BGB gerecht, nach der ein Schutzgesetz i. S. d. Vorschrift nicht bereits in jedem Gesetz zu sehen ist, dessen Wirkung auch Einzelnen zugute kommt. Aus den oben¹⁶⁾ über den Schutzzweck des Art. 60 ange-

das Diskriminierungsverbot des Art. 60 § 1, 2, dazu vgl. u. 2. Abschn. 3) b.

13) Vgl. auch die Bedenken, die BALLERSTEDT, S. 25, 29 f. gegen BAYER vorbringt.

14) Vgl. o. 2. Kap. 2. Abschn. 5) a., 3. Kap. 3. Abschn. 4).

15) Vgl. insbes. BGH 22, 293 (297); 12, 146 (148); RG 119, 435 (437); weitere Rspr. bei RGRK-HAAGER, § 823 Anm. 103.

16) 2. Kap. 2. Abschn. 5).

stellten Überlegungen geht hervor, daß es - entsprechend den geforderten Voraussetzungen zur Anwendbarkeit des § 823 Abs.2 BGB¹⁷⁾ - Sinn des Verbotes ist, auch den Einzelnen vor Störungen und Beeinträchtigung zu bewahren. Wenn in dem durch das Verbot geschützten Bereich dem Mitbewerber durch das unlautere Geschäftsgebahren des Konkurrenten ein Schaden entstanden ist, - aber auch nur in diesem durch das Schutzgesetz selbst gezogenen Rahmen¹⁸⁾ - gewährt § 823 Abs. 2 BGB dem geschädigten Mitbewerber wegen der Normverletzung durch seinen Konkurrenten einen Anspruch gegen diesen auf Ersatz des erlittenen Schadens. Daß sowohl das Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken wie auch das Diskriminierungsverbot zugleich der politischen Zielsetzung des Vertrages und der Gesamtwirtschaft der Gemeinschaft¹⁹⁾ dienen, berechtigt nicht, dem Art. 60 die Eigenschaft eines Schutzgesetzes abzusprechen. Nach der Rspr.²⁰⁾ genügt es sogar, daß das Gesetz in der Hauptsache zwar andere Ziele verfolgt, nebenher aber den Schutz bestimmter Einzelinteressen bezweckt^{21) 22)}.

17) Vgl. auch ENN.-LEHMANN, § 235 I 2.

18) RGRK-HAAGER, § 823 Anm. 103, 111; ERMAN-DREES § 823 Anm. 12 a); B.-HEFERMEHL, 8. Aufl., VI § 35 GWB Rdnr. 3.

19) Vgl. o. 2. Kap. 2. Abschn. 4).

20) Vgl. RG 128, 298 (300); 100, 142 (146) BGH 12, 146 (148), NJW 51, 109; weitere Rspr. RGRK-HAAGER, § 823 Anm. 103.

21) RGRK-HAAGER, § 823 Anm. 103.

22) Der Schutzgesetzcharakter des Art. 60 EGKSV wird i. d. Literatur überwiegend i. V. m. dem Diskriminierungsverbot erörtert (dazu vgl. u.). Anerkannt für das Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken wird er von LANG, S. 290; wohl auch von BALLERSTEDT, S. 36; zögernd ZIMMERMANN, S. 97. In diesem Zusammenhang ist nochmals auf die Urteile des GH v. 5.2.1963 Rs. 26/62 Rspr. IX S. 1 ff.

Der EGKSV ist vom Bundestag ratifiziert und mit Gesetzeskraft vom BGBl.(1952 II S. 44) veröffentlicht worden. Er gilt in der BRD mit unmittelbarer Wirkung als Gesetz. Art.60 ist damit auch formell als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzusehen.

Damit ist die geeignete Anspruchsnorm für den geschädigten Mitbewerber ermittelt. Nach ihr hat er die Möglichkeit, von dem gegen das Verbot des Art.60 § 1,1 handelnden Unternehmen Schadensersatz oder Unterlassung der unlauteren Praktiken zu verlangen. Der Einwand²³⁾, die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Verbotsnormen reichten nicht aus, um einen wirksamen privatrechtlichen Schutz gegen unlautere Wettbewerbshandlungen zu gewährleisten, geht hier fehl. Diese Überlegung befaßt sich mit der Rechtslage, die bei Fehlen jeglicher gesetzlicher Tatbestände unlauteren Wettbewerbs bestehen würde. Es ist sicherlich richtig, daß die typischen Fälle unlauteren Wettbewerbs vom allgemeinen Deliktsrecht allein nicht erfaßt würden. Der EGKSV aber hat einen Bereich dieser Fälle (nämlich auf dem Gebiet der Preise) in Art. 60 § 1,1 speziell als Verbots- und Schutzgesetz normiert (dazu im folgenden). Die Tatbestandserfassung erfolgt also durchaus durch ein Sondergesetz; aus § 823 Abs. 2 BGB sind nur noch die zivilrechtlichen Folgen zu entnehmen²⁴⁾. Nach allgemeiner Auffassung²⁵⁾ sind die Tatbe-

(25 f) und in der Rs 57/65 NJW 66,1630 hinzuweisen; Vgl. o. 3.Kap. 2.Abschn. Fußn. 54.

23) B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II.Einl.UWG, Rdnr.44.

24) Vgl. auch B.-HEFERMEHL, a.a.O., Rdnr.218.

25) FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerbl. Rechtsschutz, S. 241.

stände des UWG gleichfalls als Sonderfälle methodisch dem Deliktsrecht zuzuordnen, so daß auch vom System des Zivil- und besonders des Schadensrechts her gegen die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB keine Bedenken bestehen.

Zu dem durch Art. 60 § 1, 1 geschützten Personenkreis zählen nur die Mitbewerber des unlauter handelnden Unternehmens²⁶⁾. Nur sie also sind überhaupt anspruchsberechtigt, denn nach dem zuvor Gesagten steht der Wiedergutmachungs- oder Abwehranspruch nach § 823 Abs. 2 BGB nur demjenigen zu, dessen Schutz durch das vom Schädiger mißachtete Gesetz gerade bezweckt ist²⁷⁾.

aa. Der Schadensersatzanspruch:

(1) Die T a t b e s t a n d s m ä ß i g k e i t der zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung liegt nach § 823 Abs. 2 BGB darin, daß gegen die in dem Schutzgesetz aufgestellte Rechtsnorm verstoßen wird. Sämtliche Tatbestandsmerkmale dieser Rechtsnorm müssen erfüllt sein²⁸⁾. Wendet also ein Unternehmen eine nach Art. 60 § 1, 1 verbotene Praktik an, so mißachtet es die Rechtsordnung der Gemeinschaft, die auch Bestandteil des deutschen Rechtes ist, und haftet bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen dem dadurch geschädigten Mitbewerber, soweit er nach Artikel 60 geschützt ist, auf Wiedergutmachung.

26) Vgl. o. 2. Kap. 2. Abschn. 5) a.

27) RGRK-HAAGER, § 823 Anm. 111; B.-HEFERMEHL, 9. Aufl., II Einl. UWG, Rdnr. 265.

28) SOERGEL-SIEBERT-SCHRÄDER, § 823 Rdnr. 467; RGRK-HAAGER, § 823 Anm. 112; Einzelheiten über Rechtswidrigkeit und Schuld vgl. u. (2), (3)

(2) Die unlautere Wettbewerbshandlung muß **r e c h t s w i d r i g** sein²⁹⁾. Die Rechtswidrigkeit ist im Rahmen des § 823 Abs.2 BGB durch die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung bereits indiziert. Indem das Unternehmen gegen das Verbot des Art. 60 § 1,1 verstößt, handelt es rechtswidrig. Im allgemeinen Deliktrecht können allerdings anerkannte Rechtfertigungsgründe, auf die sich der Verpflichtete zu berufen vermag, die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließen. Neben dem Individualrechtsschutz durch das Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken und das Diskriminierungsverbot steht aber gleich stark ausgeprägt der Schutz des wirtschaftlichen und politischen Gesamtinteresses innerhalb der Gemeinschaft. Ein Verstoß gegen die Verbote verletzt deshalb regelmäßig auch das Allgemeininteresse. Darüberhinaus sind vielfach gleichzeitig Rechte und Interessen unbeteiligter Dritter mit beeinträchtigt. Der individuelle Ausschluß der Rechtswidrigkeit erscheint deshalb besonders problematisch. Es wird auf die Fragestellung, die das Verbot unlauterer Praktiken ebenso betrifft wie das Diskriminierungsverbot, in einem gesonderten Abschnitt³⁰⁾ über die allgemeinen Grundsätze und Vorschriften für beide Verbote noch einzugehen sein.

(3) Die Schadensersatzpflicht wird gemäß § 823 Abs. 2 S. 2 BGB nur an **s c h u l d h a f t e** ³¹⁾

29) Sehr ausführlich zur Rechtswidrigkeit LARENZ, § 66 I c.

30) Vgl. u. 3.Abschn. 1).

31) Allgemein für das Verschulden im Wettbewerbsrecht verdient der Aufsatz von SPENGLER, WuW 57,205 ff besondere Beachtung, Vgl. auch B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II Einl.UWG, RdNr.221,77.

Verstöße gegen das Verbot des Art. 60 § 1,1 geknüpft. Dabei braucht sich das Verschulden nur auf die Verletzung des Schutzgesetzes (Art. 60 § 1,1) zu beziehen, nicht auch auf die Rechts- oder Interessenverletzung sowie auf die Schädigung des Mitbewerbers³²⁾, weil sich der Tatbestand der unerlaubten Handlung nach § 823 Abs. 2 BGB in dem Verstoß gegen die in dem Schutzgesetz enthaltene Anordnung erschöpft³³⁾. Folglich ist auch der Maßstab des Verschuldens dem verletzten Schutzgesetz zu entnehmen, mit einer Einschränkung allerdings: Ist ein Verstoß gegen das Schutzgesetz auch ohne Verschulden möglich, so tritt eine zivilrechtliche Haftung gleichwohl nur nach einem schuldhaften Verstoß ein, § 823 Abs. 2 S. 2 BGB.

Der Schuldvorwurf wird grundsätzlich bei jedem vorsätzlichen oder fahrlässigen Handeln gegen die Rechtsordnung erhoben. Das Gesetz kann jedoch im Einzelfall eine Modifizierung vornehmen, indem es das Verschulden nur auf Vorsatz oder auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Der Verschuldensmaßstab des Art. 60 § 1,1 ist nicht ausdrücklich normiert. Er ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei können der aus dem französischen Recht stammende Begriff "pratiques déloyales" sowie das Erfordernis einer besonderen Absicht für bestimmte Fälle einer unlauteren Wettbewerbshandlung als Anhaltspunkt dienen. Das französische Wettbewerbsrecht unterscheidet bereits terminologisch vorsätzliche und fahrlässige Verstöße gegen die Grundsätze des

32) ERMAN-DREES, § 823 Anm. 12 e, aa); RGRK-HAAGER, § 823 Anm. 114.

33) SOERGEL-SIEBERT-SCHRÄDER, § 823 Rdnr. 465.

lauteren Wettbewerbs, indem es jene mit "concurrency déloyale" und diese mit "concurrency illicite" bezeichnet³⁴⁾. Es handelt sich um feststehende Begriffe, die entweder zusammen oder getrennt gebraucht werden, je nach Gesetzeszweck und Sachverhalt. Die alleinige Verwendung des Begriffes "déloyale" in Art.60 § 1,1 berechtigt zu der Annahme, daß die Vorschrift nur vorsätzliches Handeln verbietet. Maßgeblich für die Auslegung ist der französische Text³⁵⁾ (arg.: Art.100). "Damit ist freilich nicht gesagt, daß für die Auslegung des Schuman-Planes französisches Recht maßgeblich wäre. Die allgemeinen Grundsätze des Rechts aller anderen Mitgliedstaaten sind in gleicher Weise zu berücksichtigen"³⁶⁾. Das schließt allerdings nicht aus, daß in Zweifelsfällen zur Erfassung eines Rechtsbegriffes zunächst auf seine Bedeutung im französischen Recht zurückgegriffen wird³⁷⁾. Diese Methode erscheint geradezu geboten. Angesichts der in der französischen Praxis und Theorie lange gefestigten Unterscheidung zwischen "concurrency déloyale" und "concurrency illicite" und der Aufnahme allein der "concurrency déloyale" in das Verbot des Art.60 § 1,1 muß man auf diesem Wege zu dem Ergebnis gelangen, daß dementsprechend auch für das Gemeinschaftsrecht nur der vorsätz-

34) METTETAL, Intern. Wettbewerbsrecht, S. 118 (140); BAUDOUIN-BUGNET, WuW 53, 352. Die concurrency illicite umfaßt auch - im Gegensatz zur concurrency déloyale - den unerlaubten (unrechten) Wettbewerb, der auch im deutschen Recht vom unlauteren sittenwidrigen Wettbewerb unterschieden wird. Vgl. B.-HEFERMEHL, 9. Aufl. II Einl. UWG, Rdnrn. 85 ff (92).

35) KRAWIELICKI, S.8; HOCHBAUM, S.33 mit weiteren Nachweisen.

36) KRAWIELICKI, a.a.O; BECKER, S. 97 ff (102) m. weiteren Nachw.; MATHIJSEN, S. 139 ff.

37) KRAWIELICKI, a.a.O; BECKER, S.104; ZWEIGERT, RabZ 51,387 (395); REUTER, S.42 f; MATHIJSEN, S. 141-143.

liche Wettbewerbsverstoß als unlauter verboten sein soll³⁸⁾. Es ist nicht einzusehen, warum bei abweichendem Willen der Vertragsschließenden Art. 60 § 1,1 nicht in der Form "sont interdits ... les pratiques déloyales et illicites de concurrence ..." abgefaßt worden wäre. Schließlich deutet auch das Erfordernis der Monopolisierungsabsicht bei vorübergehenden oder nur örtlichen Preissenkungen darauf hin, daß Art. 60 § 1,1 nur Vorsatz als Schuldform kennt. Jedenfalls ist diese Art der Tatbestandsverwirklichung als Absichtsdelikt nur vorsätzlich möglich. Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, - da allein der Verschuldensmaßstab des Schutzgesetzes auch für die bürgerlich-rechtliche Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB gilt - daß nur der vorsätzlich unlautere Praktiken anwendende Mitbewerber seinem geschädigten Konkurrenten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen hat³⁹⁾. Für den Vorsatz genügt die bewußte Vornahme der verbotenen Praktik, d.h. ihre Anwendung in Kenntnis des gesetzlichen Verbots und aller Tatumstände, die sie unlauter und damit rechtswidrig erscheinen lassen⁴⁰⁾. Für das Vorliegen von Entschuldigungsgründen gelten die allgemeinen Grundsätze⁴¹⁾, auf deren Erläuterung im einzelnen hier verzichtet werden kann. Soweit jedoch in diesem Zusammenhang eine Klä-

38) Im Ergebnis ebenso, allerdings mit abweichender Begründung, BALLERSTEDT, S. 36.

39) Vgl. RG HRR 1940 Nr. 741; SOERGEL-SIEBERT-SCHRÄDER, § 823 Rdnr. 467.

40) Vgl. B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II Einl. UWG Rdnr. 77.

41) Dazu ERMAN-DRESS, § 823 Anm. 12 e.

rung von Einzelfragen, insbesondere des Irrtums⁴²⁾, geboten erscheint, erfolgt diese im abschließenden 3. Abschnitt. Ein anerkannter Entschuldigungsgrund schließt den Vorsatz und damit die Haftung aus. Hinsichtlich der Beweislast ist jedoch bemerkenswert, daß der Geschädigte zwar grundsätzlich für die Begründetheit seines Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB auch das Verschulden des Schädigers zu beweisen hat, daß aber der objektive widerrechtliche Verstoß gegen das Schutzgesetz ein Beweisanzeichen für eine schuldhaft Verletzung schafft, das der Schädiger gegebenenfalls durch Gegenbeweis auszuräumen hat⁴³⁾. Für die tatsächlichen Umstände, die eine unlautere Wettbewerbshandlung kennzeichnen, sowie für den Schaden (dazu im folgenden) und den Kausalzusammenhang⁴⁴⁾ zwischen beiden hat der Geschädigte selbstverständlich den Nachweis zu erbringen.

(4) Weitere Voraussetzung für den Anspruch ist schließlich, daß der Mitbewerber durch die unlautere Praktik, mit der gegen Art. 60 § 1,1 verstoßen worden ist, einen **S c h a d e n** erlitten hat. Dieser kann z.B. darin bestehen,

42) Der vielerörterte Entschuldigungsgrund der Unkenntnis des Schutzgesetzes (entschuldbarer Verbotsirrtum) - vgl. RGRK-HAAGER, § 823 Anm. 114 mit Rspr.; SOERGEL-SIEBERT-SCHRÄDER, § 823 Rdnr.466,468,469, dürfte bei Montanunternehmen freilich nie in Betracht kommen.

43) SOERGEL-SIEBERT-SCHRÄDER, § 823 Rdnr.485 und die dort zitierte Rspr., vor allem RG 91,72, auch BGH VersR 1956,158; RGRK-HAAGER, § 823 Anm.115 mit umfangr. Rspr.

44) Nicht etwa gilt hier die für das Verschulden aufgestellte Vermutung entsprechend, daß ein eingetretener Schaden auch durch die nachgewiesene Verletzung einer Schutzvorschrift verursacht sei, RG 52, 124 f, zit.nach ENN.-LEHMANN, § 235 IV 2.

daß ein bestimmter Kunde, mit dem der Mitbewerber nach Beendigung der Vorverhandlungen unmittelbar vor dem Geschäftsabschluß stand, durch unlauteres Preisangebot eines Konkurrenten abgeworben und von diesem für sich gewonnen worden ist. In dieser oder ähnlicher Form wird der Schaden i.d.R. in einem entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*)⁴⁵⁾ zu sehen sein. Ein Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge (abstrakte Schadensberechnung) oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (konkrete Schadensberechnung), ist gemäß § 252 BGB vom Schädiger im Rahmen seiner allgemeinen Wiedergutmachungspflicht nach § 249 BGB zu ersetzen. Nachzuweisen ist vom Ersatzberechtigten nur der gewöhnliche Lauf der Dinge, der ihm in den Grenzen des adäquaten Kausalzusammenhanges den verlangten Gewinn gebracht hätte, bzw. die Wahrscheinlichkeit, die nach den besonderen Umständen eine Gewinnerzielung erwarten ließ⁴⁶⁾. Darin erschöpft sich die Beweislast; die Gewißheit eines fest bestimmten entgangenen Gewinns braucht nicht bewiesen zu werden⁴⁷⁾. Maßgebend ist eine objektive Beurteilung, nicht die subjektive Erwartung des Geschädigten. Innerhalb dieses Rahmens sind allerdings an die Beweislast strenge Anforderungen zu stellen. Bei Schädigungen durch eine unlautere Preispolitik eines Konkurrenten dürfte die konkrete Schadensberechnung in einem Schadensersatzprozeß

45) Auch im französischen Wettbewerbsrecht sind *lucrum cessans* und *damnum emergens* zu ersetzen, METTETAL, Int. Wettbewerbsrecht, S. 134 (157).

46) ERMAN § 252 Anm. 2.

47) RGRK-NASTELSKI, § 252 Anm. 6 sowie die dort zit. Rspr. des RG und des BGH.

die größte Rolle spielen, wie das oben gewählte Beispiel zeigt. Danach sind die konkreten Vorkehrungen und Anstalten, aus denen die Gewinnerwartung hergeleitet wird, im einzelnen darzutun und zu beweisen⁴⁸⁾. Es genügt nicht die schlichte Behauptung, das Verhalten des Konkurrenten schmälere den eigenen Kundenstamm. Abgesehen davon, daß der Gewerbetreibende in einer Wettbewerbsordnung, in der das Leistungsprinzip gilt, kein Recht auf Erhalt seines Kundenstammes hat, muß er immer zur Begründung seines Anspruchs nachweisen, daß er gerade durch das unlautere Verhalten des Mitbewerbers einen ganz bestimmten Schaden erlitten hat. Die Verursachung eines wirklichen Schadens (*damnum emergens*), eine Beeinträchtigung des vorhandenen Vermögensstandes also, dürfte durch unlautere Methoden auf dem Gebiet der Preise allerdings kaum praktisch werden. Indessen die Vielzahl der Fälle im Wirtschaftsleben ist im einzelnen nicht vorhersehbar. Im konkreten Fall wäre auch dieser Schaden selbstverständlich nach den Grundsätzen des § 249 BGB zu ersetzen. Wichtig bleibt jedoch für alle Fälle des Schadensersatzes nach § 823 Abs. 2 BGB wegen eines Verstoßes gegen das Verbot des unlauteren Wettbewerbs nach Art. 60 § 1, 1, daß der behauptete Schaden, für den Ersatz begehrt wird, gerade in der Rechtssphäre erlitten ist, die durch das Verbot des Art. 60 § 1, 1 geschützt wird⁴⁹⁾. Wenn ein Konkurrent sich verbotswidrig durch unlautere Methoden in seiner Preispolitik auf Kosten seiner Mitbewerber einen Vorsprung verschafft, so steht dem auf seiten der Mitbewerber eine entsprechende Einbuße in

48) Vgl. RGRK a.a.O., Anm. 7.

49) Vgl. o. S. 90 Fußn. 18; ferner BGH 19, 114 (126).

ihrem allgemeinen Marktanteil oder auch im Einzelfall eine konkrete Schädigung gegenüber. Das unlautere Vorgehen und der dadurch erlangte Vorteil des Konkurrenten vor den übrigen Mitbewerbern werden vom Vertrage mißbilligt, weil sie mit dem anerkannten Prinzip des Leistungswettbewerbs unvereinbar sind. Der geschädigte Mitbewerber bewegt sich also genau in der Schutzrichtung des Art.60 § 1,1 wenn er - um bei dem gewählten Beispiel zu bleiben - von seinem unlauter handelnden Konkurrenten Ersatz des entgangenen Gewinns verlangt. Alle übrigen Fälle müssen diesem Erfordernis in gleicher Weise genügen.

Der Schaden muß adäquat kausal durch die Verletzung des Schutzgesetzes⁵⁰⁾, d.h. durch die unlautere Praktik auf dem Gebiet der Preise, herbeigeführt worden sein.

bb. Der Unterlassungsanspruch

Mit der Zuerkennung eines Schadensersatzanspruchs ist dem beeinträchtigten Wettbewerber häufig nicht genügend gedient. Er kann auf diese Weise bestenfalls einen nachträglichen Ausgleich für den Schaden erlangen, den er bereits erlitten hat. In vielen Fällen hat er aber ein Interesse daran, vorbeugend zu verhindern, daß sich gleiche oder ähnliche Eingriffe seines Konkurrenten wiederholen. Von großer Wichtigkeit im Wettbewerbsrecht ist deshalb der Unterlassungs-(Abwehr)Anspruch⁵¹⁾. Er ist dem beeinträchtigten Mitbewerber in § 1 UWG

50) ENN.-LEHMANN § 235 IV 2, § 15; SOERGEL-SIEBERT-SCHRÄDER, § 823 Rdnr. 472.

51) B.-HEFERMEHL, 9. Aufl. II Einl.UWG Rdnr.164, der in ihm den Hauptanspruch des klassischen Wettbewerbsrechts sieht.

zu seinem Rechtsschutz ausdrücklich gewährt. Im französischen Recht entspricht dem Unterlassungsanspruch die vom Gericht auszusprechende *astreinte*, ein für die Zukunft wirkendes gerichtliches Verbot von Wiederholungshandlungen, bei dessen Mißachtung der Beklagte an den Kläger eine gleichfalls vom Gericht festzusetzende "Geldstrafe" zu entrichten hat⁵²⁾. Zwar erwies sich § 1 UWG auf spezielle, durch Art. 60 § 1, 1 geregelte Wettbewerbsfälle des Montanbereiches als nicht anwendbar. Gleichwohl braucht der Mitbewerber eines unlautere Praktiken anwendenden Montanunternehmens nicht auf diesen Anspruch zu verzichten. Die Unterlassungsklage ist auch im Recht der unerlaubten Handlung des BGB (§ 823 ff) - nicht zuletzt in Analogie zum Wettbewerbsrecht⁵³⁾, hauptsächlich aber in Anlehnung an die Abwehrrechte, die die §§ 12, 862, 1004 BGB gewähren - von der Rspr.⁵⁴⁾ entwickelt worden. Sie ist inzwischen fester Bestandteil des Deliktrechts⁵⁵⁾, von Rechtsprechung und Lehre⁵⁶⁾ anerkannt, und kann heute wohl als

52) Vgl. METTETAL, Int. Wettbewerbsrecht, S. 134 (157). Der Unterlassungsanspruch ist ferner auch im italienischen Recht anerkannt, vgl. GHIRON, Int. Wettbewerbsrecht, S. 235 (269); ebenso Niederlande (SALOMONSON, Int. Wettb.recht, S. 342) und Belgien (BRAUN, Int. Wettb.recht, S. 44 (53)).

53) So insbes. RG 48, 114 (119 f) !

54) Vgl. die Zusammenstellung bei RGRK-HAAGER, Vor § 823 Anm. 73, 74.

55) RGRK-HAAGER, a.a.O., Anm. 74; FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 114 II 2.

56) ENN.-LEHMANN, § 252; ESSER, § 211; FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 114; LARENZ, § 70.

Gewohnheitsrecht⁵⁷⁾ gelten. Wurde die Klage zunächst nur gewährt zum Schutze der in § 823 Abs.1 BGB genannten Rechtsgüter⁵⁸⁾, so erfolgte doch sehr bald schon eine Ausdehnung des Anspruchs, und die Klage wurde als quasi-negatorische Unterlassungsklage - so genannt wegen der Analogie zu § 1004 BGB - zur Abwehr künftiger Eingriffe in alle vom Recht geschützten Lebensgüter und Interessen gewährt⁵⁹⁾. Somit ist der Unterlassungsanspruch auch zur Verteidigung aller durch strafrechtliche oder sonstige Schutzgesetze geschützte Interessen nach § 823 Abs. 2 BGB gegeben⁶⁰⁾. Für einen Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs.2 BGB wegen drohender Beeinträchtigung durch Verstöße gegen Art.60 § 1,1 müssen im einzelnen folgende Voraussetzungen erfüllt sein.

57) ENN.-LEHMANN, § 252 I 3; FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 114 II 2; ERMAN-DREES, Vor § 823 Anm. 9b, bb; LARENZ, § 70, läßt die Frage offen.

58) Vgl. RGRK-HAAGER, Vor § 823 Anm. 73.

59) RGRK-HAAGER, a.a.O. Anm. 74. Eine Darstellung der Entwicklung sowie ihrer dogmatischen Begründung ist im Rahmen dieser Arbeit nicht geboten. Es mögen deshalb die Hinweise genügen. Insbesondere auf den Streit darüber, ob der Unterlassungsanspruch materiellrechtlicher oder nur prozessualer Natur sei, braucht nicht eingegangen zu werden. Vgl. dazu ESSER, § 211,4; LARENZ, § 70 II (beide prozessual); ihnen folgend SOERGEL-SIEBERT-MÜHL, § 1004 Rdnr.54 A.A. FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 114 II 2, ENN.-NIPPERDEY § 72 I 3 a (beide materiellrechtlich).

60) ERMAN-DREES, Vor § 823 Anm. 9 b, ee.

(1) Anspruchsberechtigt ist wie bei dem Schadensersatzanspruch nur der durch Art. 60 § 1,1 geschützte Mitbewerber, und zwar selbstverständlich auch hier gerade nur in den Grenzen, die vom Schutzzweck des EGKSV gesetzt sind⁶¹⁾.

(2) Es muß ein Verstoß gegen Art. 60 § 1,1 durch die Anwendung unlauterer Praktiken und dadurch eine Beeinträchtigung des klagenden Mitbewerbers bereits erfolgt und eine Wiederholung dieses schädigenden Verhaltens ernsthaft zu befürchten sein⁶²⁾. Für die Art der Beeinträchtigung und insbesondere für deren Nachweis gelten dieselben Grundsätze und Anforderungen, wie sie oben (aa.(4)) zur Begründung des Schadensersatzanspruchs dargelegt sind. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf diese Ausführungen verwiesen werden. Einige Unterschiede gegenüber dem Schadensersatzanspruch sind jedoch anzumerken.

Der Unterlassungsanspruch soll dem Mitbewerber die Möglichkeit geben, zukünftige Eingriffe in seine durch Art. 60 § 1,1 geschützte Rechts- und Interessensphäre abzuwehren; und zwar soll das Abwehrrecht eine Handhabe geben gegen die Eingriffe selbst, weil diese als rechtswidrig angesehen werden, unabhängig also davon, ob ein Schaden verursacht worden ist oder nicht. Deshalb hat der klagende Mitbewerber nur diesen Eingriff in seinen gewerblichen Rechtskreis durch einen Verstoß gegen Art. 60 § 1,1 - durch unlautere Praktiken des beklagten Konkurrenten - nachzuweisen.

61) Vgl. BGH GRUR 1958, 88 (Ei-fein) mit der Anm. von HEYDT a.a.O.

62) RGRK-HAAGER, Vor § 823 Anm. 75.

Der Nachweis des Eingriffs (nicht auch eines dadurch verursachten Schadens) ist allerdings auch erforderlich. Auch für den Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 60 § 1,1 EGKSV genügt nicht allein der erfolgte Verstoß gegen das Schutzgesetz (Art. 60 § 1,1), vielmehr muß dadurch auch eine Beeinträchtigung der insoweit geschützten Rechtsstellung des Mitbewerbers bewirkt sein⁶³⁾. Darin liegt ein bedeutsamer Unterschied gegenüber dem Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG. Dieser Anspruch steht laut § 13 UWG j e d e m Mitbewerber der betreffenden Branche und auch den dort bestehenden Verbänden zu, wenn unlauteres Verhalten eines Konkurrenten vorliegt und für die Zukunft weiterhin droht. Das Klagerecht ist hier nicht davon abhängig⁶⁴⁾, daß eine konkrete Beeinträchtigung des betreffenden einzelnen Mitbewerbers erfolgt ist. Für das Klagerecht der Verbände wird ein Eingriff in die von ihnen vertretenen Interessen zwar verlangt, aber weit ausgelegt⁶⁵⁾. Dieses weit ausgestaltete Klagerecht wird mit dem auch im UWG geschützten öffentlichen (Allgemein-) Interesse begründet⁶⁶⁾. Auf das Erfordernis einer individuellen Verletzung des klagenden Mitbewerbers kann im Rahmen des § 823 BGB jedoch nicht verzichtet werden. Sie gehört zum System des Schadensrechts im BGB. Auch eine insoweit begrenzte Analogie zum Rechtsschutzsystem des UWG ist nicht zulässig; es

63) Vgl. BGH GRUR 1958, 88 (Ei-fein).

64) B.-HEFERMEHL, 9. Aufl., II UWG § 13 Rdnr. 8.

65) B.-HEFERMEHL, a.a.O. Rdnr. 12.

66) B.-HEFERMEHL, 9. Aufl., II UWG § 13 Rdnr. 8 und II Einl. UWG Rdnr. 35.

besteht für sie auch kein Bedürfnis. Denn - abgesehen von der Unvereinbarkeit mit dem System der §§ 823 ff BGB - bestehen auch aus speziell montanrechtlichen Überlegungen Bedenken gegen eine solche Ausweitung der Klagebefugnis. Die Mitgliedstaaten kennen - soweit sie Verstöße gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts behandeln - gleichfalls nur den Individualrechtsschutz. Im übrigen enthält der Vertrag in seinem V. Kapitel nur Wahrung öffentlicher Interessen eigens den Art. 64. Mit der Wahrnehmung der Interessen der europäischen Gesamtwirtschaft auf dem Gebiete der Kohle- und Stahlindustrie ist die eigens zu diesem Zweck errichtete HB betraut. Sie kann in Ausübung dieser Funktion nach Verstößen gegen Art. 60 Geldbußen verhängen. Ob sie sich dazu entschließt, bleibt gemäß Art. 64 ausdrücklich ihrem Ermessen überlassen. Dem öffentlichen Interesse ist damit zur Genüge gedient. Eine Ausweitung des Klagerechts über den engen Individualrechtsschutz hinaus ist mithin auch aus diesem Grunde abzulehnen.

An den Nachweis des Eingriffs durch die Verletzung des Art. 60 § 1,1 sind wiederum dieselben strengen Anforderungen zu stellen wie an den Beweis des Schadens für den Schadensersatzanspruch. Und zwar gilt dies in gleicher Weise hinsichtlich des bereits erfolgten Eingriffs wie des in Zukunft unmittelbar drohenden (Wiederholungsgefahr). Nicht ist dies etwa schon gegeben, wenn auch die abstrakte Möglichkeit einer zukünftigen Beeinträchtigung angenommen werden

kann⁶⁷⁾. Es ist der Nachweis einer ernstlich durch Tatsachen begründeten Besorgnis weiterer Eingriffe zu erbringen⁶⁸⁾.

(3) Der Eingriff braucht aber nicht schuldhaft erfolgt zu sein. Es genügt ein tatbestandsmäßiger und objektiv rechtswidriger Verstoß gegen das Schutzgesetz (Art. 60 § 1,1) und eine dadurch bewirkte Beeinträchtigung der geschützten Interessensphäre des Mitbewerbers⁶⁹⁾. Die Beschränkung der Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs auf ein nur objektiv rechtswidriges (und nicht auch schuldhaftes) Verhalten ist die Konsequenz aus der Rechtsanalogie zu den §§ 12, 862, 1004 BGB⁷⁰⁾, die die Abwehrklage auch gegen nur objektiv rechtswidrige Eingriffe geben.

(4) In Einzelfällen verzichtet die Rspr.⁷¹⁾ auf die Forderung, daß ein widerrechtlicher Eingriff in den geschützten Rechtskreis des Mitbewerbers bereits erfolgt sein muß und weitere Wiederholungen zu befürchten sind. Dieser Praxis ist die Lehre gefolgt. Danach ist der Unterlassungsanspruch auch dann gegeben, wenn nach den tatsächlichen Umständen, insbesondere nach den vom Konkurrenten bereits getroffenen Vorbereitungen und Anstalten ein erstmaliger widerrechtlicher

67) Die Tendenz der Rspr., bei Eingriffen, die in Wettbewerbsabsicht erfolgt sind, eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr aufzustellen, - vgl. B.-HEFERMEHL, 9. Aufl., II Einl. UWG Rdnr. 178 - erscheint nicht unbedenklich.

68) RGRK-HAAGER, Vor § 823 Anm. 74.

69) Schon seit RG 60,6 (7), st-Rspr., vgl. RG 166,150 (156).

70) RG 60,7.

71) RG 101,335 (339 f), bestätigend RG 151, 239 (246), st. Rspr., BGH 2,394.

Eingriff ernsthaft zu befürchten ist. Diese Erweiterung fußt auf der richtigen Überlegung, daß mit der Unterlassungsklage zukünftigen Beeinträchtigungen und Schädigungen zuvorgekommen werden soll, und daß die vorbeugende Verhinderung von Schädigungen interessengerechter und wirtschaftlicher ist, als eine nachträgliche Wiedergutmachung. Andererseits darf dieser Weg nicht bis zu einer unerwünschten Ausweitung der Unterlassungsansprüche beschritten werden und zu einer vom Gesetz nicht mehr getragenen Entfernung vom Kern des § 1004 BGB führen, der Grundlage und Ausgangspunkt des Unterlassungsanspruchs nach § 823 BGB bildet und der selbst seinem Wortlaut nach die Wiederholungsgefahr eines bereits erfolgten Eingriffs erfordert⁷²⁾. Es widerspräche auch dem Wesen und den Vorteilen (Leistungswettbewerb!) einer dynamischen Wirtschaftsordnung, wollte man den Rechtsraum zu weit vorverlegen und dem Mitbewerber zuerkennen, sich vorzeitig anstatt mit wirtschaftlichen und wettbewerbskonformen Mitteln gleich mit gerichtlicher Hilfe gegen scharfen - aber wohl- bemerkt lauterer - Wettbewerb des Konkurrenten zur Wehr zu setzen.

Nach Nachweis tatsächlicher Umstände, etwa von Vorbereitungsmaßnahmen einer unlauteren Praktik, die einen rechtswidrigen Eingriff als unmittelbar

72) Das RG 101,335 bemerkt selbst zu Recht (339): "Es hieße, die wesentlichen Grundsätze dieser Rechtsweiterbildung (des Rechtsgedankens in § 1004 BGB; der Verf.) völlig verlassen, wollte man für die hier in Rede stehende vorbeugende Unterlassungsklage von jenem Erfordernis des erfolgten Eingriffs schlechthin absehen."

bevorstehend befürchten lassen, und deren gründliche gerichtliche Prüfung vorausgesetzt, wird man auch im Gemeinschaftsrecht im Einzelfall den Abwehranspruch ausnahmsweise gegen eine erstmalig drohende Beeinträchtigung durch einen Verstoß gegen Art. 60 § 1,1 geben müssen. Das entspricht der Rechtsanwendung des § 823 BGB und des § 1 UWG vor allem auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts. Als Beispiel zur Verdeutlichung wäre denkbar, daß etwa nach Bekanntwerden eines nach Art. 60 § 1,1 verbotenen Preisangebots bisherige Kunden eines Mitbewerbers veranlaßt werden, diesen auf die niedrigeren Preise seines Konkurrenten hinzuweisen und ihm anzudrohen, sie würden bei dem Konkurrenten kaufen, wenn er nicht gleichfalls die Preise senke. Es wäre nicht gerechtfertigt, dem bedrohten Mitbewerber den Rechtsschutz durch eine Unterlassungsklage solange zu verwehren, bis er seine Kunden tatsächlich an den unlauter handelnden Konkurrenten verloren hat. Es ist begründet, wenn der Mitbewerber von seinem Konkurrenten verlangt, er solle nach Art. 60 § 1,1 verbotene Preisangebote nicht mehr abgeben.

cc. Der Beseitigungsanspruch

An dem oben gegebenen Beispiel läßt sich aufzeigen, daß dem bedrohten Mitbewerber manchmal auch mit dem zugesprochenen Unterlassungsanspruch noch nicht genügend geholfen ist. In dem gebildeten Fall mögen vielleicht noch Preislisten, die die verbotenen Preise enthalten, veröffentlicht sein. Der Mitbewerber hat ein Interesse daran, daß die Listen zurückgezogen oder im Nachtrag berichtigt

werden. Denn die Preislisten bilden für den Mitbewerber nach wie vor eine Gefahr, indem sie eine Aufforderung zur Abgabe von Kaufangeboten zu den in der Liste enthaltenen Preisen und Bedingungen darstellen. Sie sind geeignet, Kunden des Mitbewerbers zu dessen Nachteil zu beeinflussen und ihm abspenstig zu machen. So liegt in der Liste also die Quelle fortdauernder rechtswidriger Beeinträchtigung.

Für diese und ähnliche Fälle hat der Mitbewerber auch den von der Rechtsprechung⁷³⁾ nach den gleichen Grundsätzen, die zur Anerkennung des Unterlassungsanspruchs geführt haben, entwickelten quasi-negatorischen Beseitigungsanspruch. Gewährt man im Gemeinschaftsrecht nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 60 § 1, 1 EGKSV den Unterlassungsanspruch, so ist auch der Beseitigungsanspruch grundsätzlich nicht zu verwehren. Die Voraussetzungen sind im wesentlichen die gleichen wie die für den Unterlassungsanspruch, d. h. Vorliegen eines rechtswidrigen Eingriffs und daraus f o r t d a u e r n d e Beeinträchtigung des Mitbewerbers in seinem durch Art. 60 § 1, 1 geschützten Rechtskreis⁷⁴⁾. Der Anspruch ist aber im Montanrecht von geringerer Bedeutung. Sein Hauptanwendungsgebiet im Wettbewerbsrecht liegt im Bereich der Werbung und im Warenzeichenrecht⁷⁵⁾, die in der Montanindustrie "auf dem Gebiet der Preise" (Art. 60) keine so große Rolle spielen.

73) RG 148, 114; 163, 210; BGH 14, 163.

74) Vgl. im übrigen SOERGEL-SIEBERT-MÜHL, § 1004 Rdnrn. 37-39; RGRK-HAAGER, Vor § 823 Anm. 85-88 und die dort zit. Rspr.

75) Vgl. B.-HEFERMEHL, 9. Aufl., II Einl. UWG Rdnrn. 183-189.

c. Ansprüche nach § 823 Abs.1 und § 826 BGB

aa. Wenn die Voraussetzungen einer rechtswidrigen und schuldhaften Rechtsverletzung nach § 823 Abs.1 BGB vorliegen, sind grundsätzlich auch ein Schadensersatzanspruch und dementsprechend auch ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach § 823 Abs.1 BGB gegeben. Als verletztes Recht kommt - wie schon erwähnt⁷⁶⁾ - das als sonstiges Recht anerkannte⁷⁷⁾ Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb - neuerdings vielfach auch als Recht am Unternehmen bezeichnet - in Betracht. Nach dieser Rspr. verpflichtet jede schuldhaft widerrechtliche, betriebsbezogene⁷⁸⁾ Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit eines anderen⁷⁹⁾ zum Schadensersatz. Wann eine unlautere Praktik nach Art.60 § 1,1 EGKSV einen widerrechtlichen Eingriff in das Recht am Unternehmen darstellt, kann nur im Einzelfall festgestellt werden. Es ist aber auch kein speziell montanrechtliches Problem, sondern

76) Vgl. o. 3. Kap. 3.Abschn. 4)

77) Insbes. anerkannt von der Rspr., schon seit RG 48.114; 58,29 bis BGH 3,270 (Constanze), 14,286 st. Rspr., vgl. Überbl. bei RGRK-HAAGER, § 823 Anm. 27; in der Lehre zwar herrschende aber nicht einhellige Meinung. Eine Auseinandersetzung mit der Lit. kann und braucht hier nicht zu erfolgen. Auf die Zusammenstellung bei ENN.-LEHMANN § 234 Fußn. 5) sei hingewiesen. Bemerkenswert sind auch die Ausführungen und Argumente von RAISER, JZ 61,469, die in dem Verdikt gipfeln, "die Anerkennung eines Rechts am Unternehmen durch die deutsche Rspr. (müsse) als eine gefährliche Mißachtung der Grundgedanken der marktwirtschaftlichen Ordnung bedauert werden".

78) B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., I Allg. Rdnr. 110.

79) RGRK-HAAGER, § 823 Anm. 27.

lediglich eine Anwendung der von der Rspr. zu § 823 Abs. 1 BGB entwickelten Grundsätze auf ein bestimmtes Verhalten eines dem EGKSV unterfallenden Unternehmens. Aus diesem Grunde ist es gerechtfertigt, daß § 823 Abs.1 BGB an dieser Stelle der Vollständigkeit halber als Anspruchsnorm zwar erwähnt, aber nicht gründlich untersucht wird. Dies umso mehr, als im Bereich des wirtschaftlichen Wettbewerbs der Schutz des Unternehmens nach § 823 Abs.1 BGB nur lückenausfüllend⁸⁰⁾ wirksam werden kann, insofern nämlich ein Tatbestand nicht von wettbewerbsrechtlichen Sonderregelungen (UWG, GWB, WZG, PatG usw.) erfaßt wird und gleichwohl einen Eingriff bedeutet. Die Sonderregelung besteht im Montanrecht in Art.60 § 1,1 i.V.m. § 823 Abs.2 BGB. Eine etwa auftretende Anspruchskonkurrenz ist somit auf dem Wege der Subsidiarität⁸¹⁾ zu lösen. Dieses Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und allgemeinem Deliktrecht entspricht dem Zweck einer besonderen Wettbewerbsgesetzgebung, die anderenfalls ihrer Berechtigung entbehrte und ihres besonderen Zuschnitts auf die Verhältnisse der Wirtschaft und des Wettbewerbs entkleidet würde. Damit aber ist der Rechtsschutz nach § 823 Abs.1 BGB kein Problem des Art.60 EGKSV mehr, denn bei einem Verstoß

80) B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., I Allg. Rdnr. 115, 116,117; FIKENTSCHER, Wettb. S. 226 f.; BGH 8, 387; 36,252.

81) Vgl. FIKENTSCHER, a.a.O.; B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II Einl. UWG Rdnr. 46.

gegen Art.60 § 1,1 erfolgt der Individualrechtsschutz nach § 823 Abs.2 BGB⁸²⁾.

bb. Denselben Grundsätzen folgt die Anwendung des § 826 BGB. Damit ein Schadensersatzanspruch (bzw. Abwehranspruch) nach dieser Vorschrift gegeben ist, muß der Mitbewerber von seinem Konkurrenten in sittenwidriger Weise vorsätzlich geschädigt worden sein, und zwar muß der Vorsatz sich gerade auf die Schadenszufügung richten⁸³⁾. Da bedingter Vorsatz genügt⁸⁴⁾, kann der handelnde Konkurrent freilich auch gleichzeitig andere Ziele verfolgen, etwa die Erlangung einer Monopolstellung. Zu § 138 BGB⁸⁵⁾ wurde aber schon festgestellt, daß eine nach Art.60 § 1,1 unlautere und damit für die betreffenden Handelskreise (der Kohle- und Stahlindustrie) sittenwidrige Handlung nicht auch gegen die allgemeine Sittenordnung verstößt, die die §§ 138 und 826 BGB als Grenze jedes rechtlich relevanten Handelns

82) § 823 Abs.1 BGB dient also vorwiegend der Abwehr von Eingriffen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, die nicht Folge von Wettbewerbshandlungen sind. Werden Wettbewerbshandlungen, die nicht nach Wettbewerbsrecht als unlauter mißbilligt sind, als Eingriffe empfunden, so ist deren Rechtswidrigkeit auch nach dem von dem betreffenden Sondergesetz aufgestellten Maßstab zu beurteilen. Gerade das Wettbewerbsrecht enthält die Kriterien, nach denen bestimmt wird, welche Wettbewerbshandlungen wettbewerbsgemäß und welche wettbewerbswidrig sind. Es geht nicht an, die hiernach gefällte Entscheidung durch wettbewerbsfremde Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften zu ignorieren. Vgl. B.-HEFERMEHL, §.Aufl., I Allg.Rdnr.117 und II Einl. UWG Rdnr. 46.

83) RGRK-HAAGER, § 826 Anm. 15.

84) RGRK-HAAGER, a.a.O.

85) Vgl. o. 4.Kap. 1.Abschn. 1).

verstehen, Nur besondere zusätzliche Umstände lassen eine Wettbewerbshandlung auch nach § 826 BGB als sittenwidrig erscheinen⁸⁶⁾. Das aber beurteilt sich allein nach dem Maßstab, den § 826 BGB aufstellt. Auf dem Gebiet der Preise können insbesondere die planmäßige Vernichtungsunterbietung, die Preisschleuderei u.ä. Praktiken, die die Existenzvernichtung des Konkurrenten auf anderem Wege als dem des lauterer Leistungswettbewerbs beabsichtigen und bewirken, sittenwidrig i.S.d. § 826 BGB sein⁸⁷⁾. Die volle Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung nach § 826 BGB löst immer die Schadensersatzpflicht aus. Dieser Frage braucht aber im Rahmen der hier angestellten Untersuchungen, die allein die Tatbestandsmäßigkeit nach Art.60 EGKSV und die dadurch bedingten Rechtsfolgen zum Gegenstand haben, nicht weiter nachgegangen zu werden.

86) Vgl. B.-HEFERMEHL, §. Aufl., II Einl. UWG Rdnr. 219.

87) Vgl. RGRK-HAAGER, § 826 Anm. 63 und die dort zit. Rspr., insbesondere RG 134, 342 (350 ff) - Tankstellenfall - . Die genannten Praktiken dürften aber auf dem Montanmarkt angesichts der großen Unternehmenseinheiten und der obligopolistischen Marktstruktur in Wirklichkeit kaum vorkommen.

2. Abschnitt: Die Rechtsfolgen der verbotenen Preisdiskriminierung

1) Nichtigkeit des diskriminierenden Rechtsge- schäfts

Es ist wiederum zuerst zu untersuchen, ob Geschäfte mit diskriminierendem Inhalt gemäß § 134 BGB nichtig sind. Es wäre zweifellos die einschneidendste zivilrechtliche Sanktion, wenn dem Verbot des Art. 60 § 1,2 zuwider abgeschlossene Verträge schon kraft Gesetzes gar keine Wirkung entfalten würden. Ob diese Rechtsfolge der Nichtigkeit eintritt, ist jedoch nach § 134 BGB - wie oben schon für die unlauteren Praktiken hervorgehoben - jeweils nach Sinn und Zweck des nicht beachteten Verbotsgesetzes zu ermitteln.

Vorweg sei bemerkt, daß auch Art. 60 § 1,2 zwar schlechthin diskriminierende Praktiken verbietet, damit aber auch Rechtsgeschäfte, i.d.R. Kaufverträge, erfaßt. Das wird durch den Wortlaut selbst bestätigt, in dem von vergleichbaren Geschäften, von Verkäufern und Käufern die Rede ist. Erst im Rahmen vertraglicher Beziehungen zwischen Lieferant und Käufer können Diskriminierungen sich auswirken.

Art. 60 § 1,2 verbietet diskriminierende Praktiken, ist also ebenso wie § 1,1 als Verbots-gesetz i.S.d. § 134 BGB anzusehen. Welche Bedeu-tung dieses Verbot für die europäische Gemein-schaft hat, ist oben⁸⁸⁾ bereits hervorgehoben und immer wieder im Zusammenhang mit dem Gleich-heitssatz betont worden. Gleichwohl bestimmt der Vertrag selbst nicht - wie in Art. 65 § 4 -

88) Vgl. 2. Kap. 2. Abschn. 2), 4).

auch hier die Nichtigkeit der diskriminierenden Geschäfte. Das deutet darauf hin, daß diese Rechtsfolge ungeachtet der zentralen Bedeutung des Diskriminierungsverbots vom Vertrag nicht beabsichtigt ist und sich somit "aus dem Gesetz ein anderes ergibt" (§ 134 BGB). In der Tat ist auch dem diskriminierenden Geschäft aus denselben Gründen, die bei der Auslegung des Art. 60 § 1,1 in diesem Zusammenhang maßgebend waren, die Rechtswirksamkeit nicht zu versagen. Allgemeiner Verkehrsschutz der nicht dem Montanrecht unterliegenden Käufer lassen eine Nichtigkeit gegen das Diskriminierungsverbot verstößender Geschäfte nicht zu⁸⁹⁾ 90).

2) Kontrahierungszwang für das diskriminierende Unternehmen?

Im Anschluß an die Prüfung, ob ein von den Parteien gewolltes - wenn auch diskriminierendes Rechtsgeschäft - auch nach dem Willen der Rechtsordnung zustandekommt, soll nunmehr untersucht werden, ob im umgekehrten Falle die Rechtsordnung

89) Im Ergebnis ebenso LANG, S.282; HACKENBRACHT, S.98; F.JERUSALEM, S.118; MERTENS, S.72; speziell für den EGKSV auch SOERGEL-HEFERMEHL, § 134 Rdnr.27; B.-HEFERMEHL, 8.Aufl., VI § 26 GWB Rdnr.26; BGH NJW 59, 1181; ebenso für § 26 Abs.2 GWB vgl. GENTZ, WuW 61,611; a.A. wohl MESTMÄCKER, JZ 64,445, der die Nichtigkeitsfolge jedenfalls für Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB verlangt; ARNOLD, WuW 60,623.

90) Nichtig kann das Rechtsgeschäft dann sein, wenn der Käufer seine Erklärung wegen arglistiger Täuschung durch den diskriminierenden Verkäufer wirksam angefochten hat. Dem Käufer steht dann der Bereicherungsanspruch nach §§ 812 ff BGB zu.

(der EGKS) gegen den Willen zumindest einer Partei das Zustandekommen eines Vertrages erzwingen kann. Die Frage lautet, ob mit dem in Art.60 § 1,2 ausgesprochenen Diskriminierungsverbot den Montanunternehmen i.S.d. Art.80 auch generell die Verpflichtung auferlegt ist, mit Kunden, die dies wünschen, Verträge abzuschließen, und zwar dann zu den in den veröffentlichten Preislisten enthaltenen Bedingungen (Kontrahierungszwang⁹¹⁾ als Abschlußzwang). Das würde nach einer positiven⁹²⁾ Antwort bedeuten, daß die Unternehmen ihre Kunden nicht nur in der inhaltlichen Ausfüllung der geschlossenen Verträge gleichbehandeln müssen, sondern schon bei der Anbahnung vertraglicher Beziehungen keine Unterscheidungen treffen dürfen in der Weise, daß sie mit einem Kunden (oder einer Gruppe von Kunden) abschließen, mit einem anderen (oder einer anderen Gruppe) nicht.

Bereits die Abschlußverweigerung wäre eine nach Art.60 § 1,2 verbotene Diskriminierung, sofern der abgewiesene Käufer sich im Vergleich zu dem angenommenen in vergleichbarer Lage befindet.

Art. 60 § 1,2 verbietet aber nur die diskriminierenden Praktiken auf dem Gebiet d e r P r e i s e . Damit verpflichtet er die Unternehmen eindeutig zu einer Gleichbehandlung

91) Dazu allgemein NIPPERDEY, Kontrahierungszwang; ders. in ENN.-NIPPERDEY, § 15; LAUFKE, S. 163 ff; LARENZ, § 5; RAISER, Kartelle und Monopole II, S.532 ff; ders. JZ 58,5 ff; STAUDINGER-COING, Vorb. § 145 Rdnrn.4-11 b. Zu § 26 Abs.2 GWB vgl. FRANKF. KOMM. § 35 Tz 83 ff; BENISCH in GEM.KOMM. § 26 Abs.2 Rdnr. 52. FIKENTSCHER, WuW 58, 257 ff; KAHRS, S.113 ff. Zu Art.60 § 1,2 EGKS vgl. u. S.122 Fußn.94

92) So in der Tendenz wohl, wenn auch nicht definitiv, SPENGLER, WuW 54,764-766.

ihrer Kunden allein bei der i n h a l t l i -
c h e n Gestaltung der Verträge; es dürfen
keine "ungleichen Bedingungen" vereinbart werden.
Daher ist schon begrifflich ausgeschlossen, dem
Verbot der P r e i sdiskriminierung, auch die
Bedeutung eines gesetzlichen Abschlußzwanges
beizumessen⁹³⁾. Die Weigerung, einen Vertrag
überhaupt abzuschließen, kann keine Diskriminie-
rung auf dem Gebiet der Preise sein. Es handelt
sich deshalb nicht um ein Problem des Art. 60,
sondern der Frage wäre in einer Erörterung des
hier nicht näher zu untersuchenden allgemeinen
Diskriminierungsverbots des Art. 4 lit. b weiter
nachzugehen⁹⁴⁾.

Die Problematik des Kontrahierungszwanges wird
jedoch in anderem Zusammenhang noch einmal be-
deutsam, wenn es nämlich zu untersuchen gilt,
ob dem diskriminierten Käufer ein Unterlassungs-
anspruch gegen das diskriminierende Unternehmen
zusteht. Aus diesem Grunde ist es zweckmäßig,
an dieser Stelle in der gebotenen Kürze die

93) So am deutlichsten auch ZIMMERMANN, S. 98 f.

94) Ein genereller gesetzlicher Kontrahierungszwang als notwendige Folge des allgemeinen Diskriminierungsverbots im EGKSV - obligatio ex lege, vgl. NIPPERDEY, Kontrahierungszwang, S. 8 ff, im Gegensatz zur obligatio ex delicto, NIPPERDEY, a.a.O., S. 53 ff - wird in der Literatur zu recht überwiegend abgelehnt, vgl. BALLERSTEDT, S. 41; ZIMMERMANN, S. 60; HOCHBAUM, S. 103 Anm. 187; A. JERUSALEM, S. 46 f.; LANG, S. 110; KIESEWETTER, S. 114. Unentschieden äußern sich DERINGER, WuW 55, 153; KRAWIELICKI, S. 44; SPENGLER, WuW 54, 764-766. Indes wird die Frage durchweg nur gestreift, ausführliche Begründungen fehlen. Im Rahmen dieser Arbeit kann auch wiederum nur auf die wesentlichen Zusammenhänge kurz hingewiesen werden.

wichtigsten Gesichtspunkte zu erwähnen. Die Vertragsfreiheit als Bestandteil der Privatautonomie⁹⁵⁾ gilt wie in den Mitgliedstaaten auch im Recht der EGKS (vgl. auch Art.90 EGKSV). Sie kann als Ausprägung des freiheitlichen demokratischen Rechtsstaates auf dem Gebiet des Privatrechts angesehen werden. Der Kontrahierungszwang bedeutet eine Einschränkung der Vertragsfreiheit⁹⁶⁾. Eine solche Einschränkung hätte aber auf Grund ihrer einschneidenden Tragweite - gerade auf dem Gebiet des Privatrechts, das der Vertrag grundsätzlich unberührt läßt - ausdrücklich bestimmt werden müssen, wenn sie von den Vertragschließenden beabsichtigt worden wäre⁹⁷⁾. Im Gemeinschaftsrecht besteht aber auch sachlich nicht das Bedürfnis, die Vertragsfreiheit generell durch einen Kontrahierungszwang einzuschränken. Mit der Einschränkung soll ein Mißbrauch wirtschaftlicher Macht verhindert werden⁹⁸⁾. Die Mißbrauchsaufsicht ist im Vertrag aber in Artikel 66 § 7 vorgesehen. Das ist als ausreichend anzusehen; ein genereller Kontrahierungszwang als Inhalt des Diskriminierungsverbots würde wie dieses für alle Unternehmen gelten, unabhängig davon, ob sie Marktmacht innehaben oder nicht. Deshalb können einzelne Abschlußverweigerungen - soweit sie nicht mißbräuchliche Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung darstellen, die dann nach Artikel 66 § 7 bekämpft werden - auch nicht die Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes gefährden.

95) RAISER, JZ 58,1; LAUFKE, S.145,176.

96) RAISER, Kartelle und Monopole II, S.524; ders. JZ 58,1; MESTMÄCKER, JZ 64,441 ff; DÜRIG, in Maunz-Dürig Art.2 Abs.1 Rdnr. 54 ff.

97) Vgl. BENISCH, GEM.KOMM. § 26 Abs.2 Rdnr. 52 (S.778); RAISER, a.a.O., S.524, SPENGLER, WuW 60,421.

98) BÖHM, Kartelle und Monopole I, S.10;

Die Vertragsfreiheit ist daher höher zu bewerten als der perfekte Schutz des Käufers im Einzelfall, dem normalerweise durchaus zugemutet werden kann, seine Ware bei einem anderen Produzenten zu beziehen⁹⁹⁾.

3) Der Anspruch auf Schadensersatz und Unterlassung

Bleibt also nur - wie bei dem Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken - zu prüfen, ob dem benachteiligten Käufer ein Schadensersatz- oder Unterlassungsanspruch gegen das diskriminierende Unternehmen zusteht. Bevor in die Untersuchung der einzelnen Anspruchsvoraussetzungen und des Umfangs der Ansprüche eingetreten werden kann, erscheint es ratsam, sich zu vergegenwärtigen, welche Fälle von Diskriminierungen vorkommen können, und welche Ansprüche dabei in Betracht kommen¹⁰⁰⁾. Das ist besonders wichtig für den Unterlassungsanspruch, der in der Literatur z.T. ohne Begründung oder nur auf Grund oberflächlicher Überlegungen entweder zugesprochen¹⁰¹⁾ oder abgelehnt¹⁰²⁾ wird, ohne daß die nötigen Differenzierungen vorgenommen würden.

DÜRIG, a.a.O. Rdnr.58; HUBER, DÖV 56,201 ff; RAISER, JZ 58,8.

99) Vgl. NIPPERDEY, Kontrahierungszwang, S.64; BENISCH, GEM.KOM. § 26 Abs. 2 Rdnr.52 (S.779); WuW/E LG/AG 6.

100) Vgl. ZIMMERMANN, S.80: "Die Verletzung dieser Verpflichtung (zur Gleichbehandlung, d.Verf.) hat zur Folge, daß der verletzte Status der Gleichheit wieder herzustellen ist. Dies kann auf verschiedene Weise geschehen und ist im Einzelfall davon abhängig, wie die Verletzung herbeigeführt worden ist."

101) LANG, S.291; MERTENS, S.74.

102) BALLERSTEDT, S.41; HACKENBRACHT, S.102; STEINDORFF, RabZ 56,321.

a. Vier Fallgruppen:

Vier Fallgruppen von Diskriminierungen sind denkbar. Entsprechend dem Wesen der Diskriminierung werden dabei stets zwei Geschäfte miteinander verglichen. Es ist unterstellt, daß die Geschäfte gleichartig sind, der in Art. 2 der Entscheidung 30/53 verlangte Nachweis also nicht geführt werden kann, und daß sich die beiden Abnehmer A_1 und A_2 jeweils in vergleichbarer Lage befinden. Der eingangs¹⁰³⁾ gegebenen Bestimmung des Diskriminierungstatbestandes folgend, erfassen die Gruppen I bis III die Fälle, in denen ein Unternehmen von der bisher eingehaltenen Norm, die es sich mit seiner - inhaltlich nicht diskriminierenden - veröffentlichten Preisliste selbst gesetzt hat, in einzelnen diskriminierenden Geschäften abweicht. In der Gruppe IV werden die Fälle behandelt, in denen ein Unternehmen eine inhaltlich diskriminierende Preisliste anwendet.

- (1) Der Produzent P schließt mit dem Abnehmer A_1 zum Listenpreis, mit dem Abnehmer A_2 zu einem ungünstigeren Preis¹⁰⁴⁾ ab:

----- A_1 nach Liste
P
----- A_2 schlechter als Liste.

- (2) P vereinbart mit A_1 den Listenpreis, mit A_2 einen günstigeren Preis:

----- A_1 nach Liste
P
----- A_2 besser als Liste.

103) Vgl. o. 2. Kap. 1. Abschn. 2) b.

104) In dieser schematischen Darstellung sind unter Preis alle Bedingungen - einschließlich der Rabatte, Frachten und Zahlungsfristen - verstanden, die für den Käufer im Endeffekt den

- (3) P schließt mit A_1 zu einem vom Listenpreis abweichenden, günstigeren Preis ab; mit A_2 kontrahiert er zu einem ebenfalls vom Listenpreis abweichenden, aber ungünstigeren Preis:

----- A_1 b e s s e r als Liste
 P - - - (A_3 nach Liste)
 ----- A_2 s c h l e c h t e r als Liste.

- (4) P schließt zwar sowohl mit A_1 wie mit A_2 jeweils zum Listenpreis ab. Da aber die Liste selbst die Geschäfte nach diskriminierenden Unterscheidungsmerkmalen¹⁰⁵⁾ einteilt, kontrahiert P mit A_2 in diskriminierender Weise einmal zu günstigeren, einmal zu ungünstigeren Bedingungen als mit A_1 , der jeweils zu den nicht diskriminierenden Bedingungen der Liste abgeschlossen hat.

Zur Klarstellung sei hervorgehoben, daß in den Fällen I und III P die Preisliste auch in Zukunft gewöhnlich einhält und damit als Norm gelten läßt. Ausgeklammert sind also die Fälle, in denen die Liste geändert wird - sei es durch Veröffentlichung einer neuen Liste, sei es daß alle weiteren Geschäfte generell dem Niveau folgen, zu dem A_2 abgeschlossen hat. Eine Diskriminierung könnte darin gar nicht erblickt werden, denn die Unternehmen sind zu einer generellen (!) Änderung

"Preis" ausmachen (preisbildende Verkaufsbedingungen); vgl. auch ZIMMERMANN, S. 99 und HACKENBRACHT, S. 33; GH Rs 1/59 Rspr. V S. 433 ff.

- 105) D.h. gemessen an den Zielen des Vertrages und den Marktgrundsätzen der Gemeinschaft sind die Differenzierungen im Vergleich zu anderen Geschäften, deren Bedingungen die Liste enthält, nicht gerechtfertigt. Vgl. dazu A. JERUSALEM, S. 85 ff; STEINDORFF RabZ 56, 277.

der Listen jederzeit befugt¹⁰⁶⁾, auch ohne daß sie eine neue Liste veröffentlichen. (Sie würden damit allerdings gegen Art.60 § 2 verstoßen). Ebenso verstent es sich, daß das Geschäft mit A_2 kein Angleichungsgeschäft gemäß Art.60 § 2b ist. Auch damit träfe P, soweit er sich in den erlaubten Grenzen hielte, keine Diskriminierung.

Anhand dieser schematischen Zusammenfassung der Diskriminierungsfälle läßt sich nun aufzeigen, wer jeweils anspruchsberechtigt sein kann und welche Ansprüche er geltend machen könnte. Die Prüfung der einzelnen Ansprüche erfolgt dann im Anschluß an diese Übersicht.

Im Falle I:

A_2 ist durch das diskriminierende Geschäft schlechter behandelt, die Abweichung von der Norm benachteiligt ihn also unmittelbar. Er könnte von P Schadenersatz verlangen, um in irgend einer Weise eine nachträgliche Gleichstellung mit A_1 zu erreichen. Gegen die Erhebung eines Unterlassungsanspruches bestehen Bedenken, da A_2 nicht verlangen kann, daß P auch in anderen Geschäften in diskriminierender Weise von seiner Preisliste abweicht. Andererseits würde ein Anspruch darauf, daß P mit ihm in Zukunft nicht-diskriminierende Verträge schließt, eine Abschlußpflicht¹⁰⁷⁾ des P voraussetzen.

Im Falle II:

Hier ist A_1 benachteiligt, obwohl ihm gegenüber die Bedingungen der Preisliste eingehalten sind.

106) A. JERUSALEM, S. 99 f; ferner HB u.GH bei STEINDORFF RabZ 56, 270 ff.

107) Vgl. o. 2).

Durch die diskriminierende Bevorzugung des A_2 ist A_1 diesem gegenüber schlechter gestellt. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob ihm ein Schadensersatzanspruch zusteht; eine Schadloshaltung des A_1 käme einer erneuten verbotswidrigen Abweichung von der Liste (=Norm) gleich und liefe auf ein vom Diskriminierungsverbot gewährleistetes Meistbegünstigungsprinzip hinaus. Gleichermaßen abwegig wäre der Anspruch gegen P, in Zukunft die Anwendung der Preisliste auch A_1 gegenüber zu unterlassen. Dagegen entbehrt ein Verlangen des A_1 , P möge die vertragswidrige Normabweichung durch Bevorzugung des A_2 in Zukunft unterlassen, nicht der Berechtigung. Im einzelnen stößt allerdings auch dieser Anspruch - wie zu zeigen sein wird - auf gewisse Schwierigkeiten.

Im Falle III:

A_2 ist benachteiligt. Ein Schadensersatzanspruch, mit dem er Gleichstellung mit A_1 verlangt, begegnet jedoch den gleichen Bedenken wie im Falle II. Der Anspruch könnte dagegen gerechtfertigt sein, soweit er eine nachträgliche Gleichbehandlung des A_2 zu den Bedingungen der Liste anstrebt. Mit dem Unterlassungsanspruch kann wie im Falle II höchstens ein Verbot der Normabweichung zu Gunsten des A_1 erreicht werden.

Im Falle IV:

In dieser Fallgruppe ist die Interessenlage jeweils so, wie in den Fällen I und II dargestellt. Dementsprechend sind die Aussichten für eine Schadensersatz- oder Unterlassungsklage.

Die Übersicht zeigt, daß die Gruppen I und II die Grundfälle enthalten, und daß die Gruppen III und IV praktisch nur Kombinationen der ersten

Fälle bedeuten. Im Falle III wird das besonders deutlich, wenn man noch den zum Listenpreis behandelten Abnehmer A_3 mit einbezieht. Seine Stellung entspräche dann jeweils der Stellung des A_1 in den Fällen I und II.

Die Interessenlage anhand der Fallgruppen vor Augen sollen nunmehr, der vorgenommenen Einteilung folgend, die verschiedenen Anspruchsnormen und die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen geprüft werden.

b. Anwendbarkeit des § 1 UWG?

Der Anregung BAYERs¹⁰⁸⁾, den Art. 60 "in die nationalen Wettbewerbsordnungen einzubauen", zufolge müßten Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche aus § 1 UWG herzuleiten sein. Indessen bestanden gegen die Anwendung des § 1 UWG schon Bedenken in den Fällen eines Verstoßes gegen das Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken¹⁰⁹⁾. Die Zweifel werden jetzt vermehrt insofern, als eine verbotene Diskriminierung dem § 1 UWG tatbestandsmäßig nicht unterzuordnen ist. Ohne Hinzutreten besonderer, i.S.d. § 1 UWG sittenwidriger Umstände ist die Diskriminierung keine unlautere Wettbewerbshandlung¹¹⁰⁾. Sie stellt auch nicht, wie offensichtlich BAYER¹¹¹⁾ sie verstanden wissen will, eine besondere Erscheinungsform des unlauteren Wettbewerbs dar. Schließlich sind nach § 1 UWG gerade nicht die Käufer - deren Schutz das Diskriminie-

108) BAYER, S. 355, 356.

109) Vgl. o. 4. Kap. 1. Abschn. 2) a.

110) BGH WuW/E BGH 227 f mit den dort gegebenen Hinweisen auf die Literatur; h.M., statt aller B.-HEFERMEHL, 9. Aufl., II § 1 UWG Rdnr. 236, FIKENTSCHER, Preisunterbietung, S. 76 f.

111) BAYER, S. 356.

rungsverbot bezweckt - sondern nur die Mitbewerber anspruchsberechtigt¹¹²⁾.

c. Anwendbarkeit des § 35 GWB?

Um diesen zuletzt genannten Schwierigkeiten auszuweichen, könnte man zur Begründung von Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen gegen ein diskriminierendes Unternehmen § 35 GWB heranziehen wollen. Darin läge eine Parallele zu den Versuchen, § 1 UWG wenigstens auf die Verstöße gegen das Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken anzuwenden. Wie das UWG die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs zum Gegenstand hat, so enthält das GWB unter anderem auch ein Verbot der Diskriminierung in § 26 Abs.2. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift löst nach h.M.¹¹³⁾ eine Schadensersatzpflicht nach § 35 GWB aus.

Wie gegen die Anwendbarkeit des § 1 UWG so sprechen jedoch auch gegen die Heranziehung des § 35 GWB allgemeine Bedenken. Einmal ist - außer in Frankreich¹¹⁴⁾ - in den übrigen Mitgliedsländern ein eigenes Diskriminierungsverbot unbekannt. Zivilrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen das montanrechtliche Verbot der Preisdiskriminierung sind in diesen Ländern also aus den allgemeinen Vorschriften, d.h. aus denen des Deliktsrechts, abzuleiten. Dieser Weg sollte dann einheitlich in allen Mitgliedstaaten beschritten werden. Außerdem bestimmt § 101 Nr. 3 GWB, daß das GWB keine Anwendung

112) B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II Einl.UWG Rdnrm.196, 265.

113) FRANKF.KOMM. § 26 Tz.101, § 35 Tz 40;
BENISCH, GEM.KOM. § 26 Abs.2 Rdnr. 59;
RASCH, S.35 Anm. 2.

114) Art. 37, 1.a) Ordonnance No.45-1483 du 30 juin 1945 i.d.F. des Gesetzes No. 63-628 du 2 juillet 1963.

findet, soweit der EGKSV besondere Vorschriften enthält. Eine solche Vorschrift ist Art. 60 § 1, 2. Man kann allerdings einwenden, daß der EGKSV über Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche keine besonderen Vorschriften enthält. Ein Rückgriff auf § 35 GWB sei deshalb zulässig. Dem ist entgegenzuhalten, daß § 35 GWB nur denjenigen zu Schadensersatz und Unterlassung verpflichtet, der gegen Vorschriften "dieses Gesetzes", also des GWB, verstößt. § 35 GWB wäre demnach nur anwendbar, wenn Verstöße gegen Art. 60 § 1, 2 zugleich auch dem Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 GWB zuwiderliefen. Da § 26 Abs. 2 GWB in seinem persönlichen Geltungsbereich enger gefaßt ist - er verpflichtet nur Kartelle, marktbeherrschende und preisbindende Unternehmen -, kann eine solche Idealkonkurrenz schon nicht in allen Fällen auftreten. Für die übrigen Fälle, in denen diese Form der Konkurrenz denkbar ist, ist von dem grundsätzlichen Vorrang¹¹⁵⁾ des Gemeinschaftsrechts auszugehen¹¹⁶⁾. Diese sich allmählich durchsetzende Erkenntnis ist von großer Bedeutung und Tragweite in den Fällen, in denen späteres nationales Recht dem Gemeinschaftsrecht widerspricht. Auf die hierüber geführte Diskussion¹¹⁷⁾ braucht jedoch nicht eingegangen zu werden. In der Auslegung des § 101

115) GH Rs 6/64 (ENEL) Rspr. Bd. X Heft 53, S. 1251 = WuW/E EWG/MUV 108; de VISSCHER A.O. II, S. 46 ff; MÜNCH A.O. II § 289 ff; JAENICKE, ZaöRV 63, 485 (533 f); IPSEN, NJW 64, 339 ff, (342); RABE, NJW 64, 1608-1610.

116) Von SIMON in GEMKOM, § 101 Nr. 3 RdNr. 1, 40; KLEPS, S. 45.

117) Vgl. die Hinweise in Fußn. 115); ferner ausführlich mit erschöpfender Zusammenstellung der Literatur SCHLOCHAUER, Arch. VöR Bd. 11 (1963), S. 1 ff (23 ff., 30 ff.).

Nr. 3 GWB und der Lösung des Konkurrenzproblems kann der Auffassung von KRAWIELICKI¹¹⁸⁾, von SIMSON's¹¹⁹⁾ und KLEPS¹²⁰⁾ gefolgt werden, nach der nationales Wettbewerbs (Kartell-)recht dort nicht mehr anzuwenden ist, wo der EGKSV eine erschöpfende Regelung enthält¹²¹⁾; im übrigen gelten beide Rechtsordnungen nebeneinander. Dieser Grundsatz wird sowohl dem Zweck des § 101 Nr. 3 GWB als auch der Zielsetzung des EGKSV gerecht und bietet ein praktikables Prinzip zur Abgrenzung beider Rechtsbereiche. Gerade aber zum Diskriminierungsverbot kann mit Sicherheit gesagt werden, daß der EGKSV in Art.4 lit.b. und Art.60 (sowie in Art.70) eine erschöpfende und abschliessende Regelung dieser Materie vorgenommen hat¹²²⁾. Das Diskriminierungsverbot ist sowohl in seiner allgemeinen Form als auch in seinen verschiedenen Konkretisierungen für das europäische Gemeinschaftsrecht von derart zentraler Bedeutung, daß schlechterdings nicht angenommen werden kann, die Vertragschließenden hätten auch zu diesem Problem nur ein Minimum an gesetzlicher Normierung treffen und im übrigen den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der nationalen Gesetzgebung die Kompetenz auch hierzu weiterhin überlassen wollen. Das Prinzip der Nichtdiskriminierung ist wesensmäßig mit der europäischen Gesetzgebung verbunden und verlangt somit für den Bereich des Gemeinschafts-

118) KRAWIELICKI, S. 46.

119) Im GEMKOM. § 101 Nr.3 Rdnrn.43,44.

120) KLEPS, S.46 ff.

121) Abweichend SPENGLER, WuW 54,751 (758 ff).

122) So auch von SIMSON im GEMKOM. § 101 Nr.3 Rdnr. 44.

rechts eine andere Auslegung und Anwendung als im nationalstaatlichen Bereich, so daß hier eine Doppelkompetenz der Mitgliedstaaten nicht mehr vorhanden ist. § 26 Abs.2 GWB ist deshalb auf Montanunternehmen, die dem EGKSV unterfallen, nicht anwendbar. Aus diesem Grunde scheitert auch eine Anwendung des § 35 GWB i.V.m. § 26 Abs.2 GWB.

d. § 823 Abs.2 BGB als Anspruchsnorm

aa. So sind also die Fälle der verbotenen Diskriminierung wie die unlauteren Wettbewerbspraktiken dem allgemeinen Deliktsrecht des BGB unterzuordnen. Ohnehin werden, wie schon die Fassung des § 35 GWB zeigt, die Verstöße gegen Schutzvorschriften des Wettbewerbsrechts als Sonderfälle unerlaubter Handlungen i.S.d. bürgerlichen Rechts angesehen¹²³⁾. Art.60 ist mit dem Diskriminierungsverbot ebenso wie die übrigen Vorschriften des Wettbewerbsrechts der EGKS, besonders der Art. 65,66, in der Bundesrepublik geltendes Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht. Ohne die besondere politische Zielsetzung gerade des Art.60 § 1,2 (Gleichheitsgrundsatz!) zu verkennen, muß man gleichwohl auch diese Vorschrift mit den übrigen wirtschaftsrechtlichen Schutzgesetzen in den gleichen systematischen Zusammenhang stellen. Das Verbot der Preisdiskriminierung bezweckt den Schutz des einzelnen Käufers, das war in den vorangegangenen¹²⁴⁾ Erörterungen schon festgestellt. Und zwar ist die Begünstigung des Käufers unmittelbar be-

123) FIKENTSCHER, Wettbew., S.241; RASCH, § 35 Anm. 3.

124) Vgl. o. 2.Kap. 2.Abschn. 5) b.

absichtigt und nicht nur Reflexwirkung einer im übrigen anders gerichteten Zielsetzung. Der Käufer soll vor Beeinträchtigungen seiner Chancengleichheit und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit innerhalb des Gemeinsamen Marktes bewahrt werden. Damit erfüllt Art.60 § 1,2 EGKSV die Voraussetzung eines Schutzgesetzes i.S.d. § 823 Abs.2 BGB¹²⁵⁾.

bb. Auf die allgemeinen Voraussetzungen für einen Anspruch nach § 823 Abs.2 BGB braucht in größerem Umfange nicht erneut eingegangen zu werden, nachdem diese im Zuge der Untersuchungen des Verbotes unlauterer Wettbewerbspraktiken dargestellt worden sind. Sie seien in Bezug auf das Diskriminierungsverbot noch einmal zusammengefaßt. Bedinglich zur Frage des Verschuldensmaßstabes bedarf es auch hier weiter ausholender Überlegungen.

Anspruchsberechtigt sind die allein durch das Diskriminierungsverbot des Art. 60 § 1,2 geschützten Käufer.

Die T a t b e s t a n d s m ä ß i g k e i t der unerlaubten Handlung liegt in der Verletzung des Schutzgesetzes. Das vom Käufer in Anspruch genommene Unternehmen muß ihm gegenüber eine

125) LANG, S. 288; HACKENBRACHT, S.101; MERTENS S. 72; KRAWIELICKI, S.44,99; ULMER, S.66 Anm. 17; BAYER, S.354; MESTMÄCKER, JZ 56,614; mit Einschränkung auch BALLERSTEDT, S.39; FR.JERUSALEM, S.118. Abl. A. JERUSALEM, S. 121 FuBn.503; STEINDORFF, RabZ 56,318 und DVBl. 55,578; KIESEWETTER, S.112; SCHLOH, Jahrb. d. Intern. Recht, Bd.9 (1960) S. 42 ff. sowie BGH NJW 59,1176 (1181). Vgl. auch wie hier EVERLING zu Art.85 EWGV im Kom. von WOHLFAHRT-ERVERLING-GLAESNER-SPRUNG Art.85 Anm. 14 sowie THIESING im Kom. von GROEBEN-BOECKH Art.85 Anm. 12.

nach Art. 60 § 1, 2 verbotene Diskriminierung vorgenommen und damit gegen Art. 60 § 1, 2 verstoßen haben.

Der Verstoß muß **r e c h t s w i d r i g** gewesen sein. Die Rechtswidrigkeit ist durch die Tatbestandmäßigkeit der Diskriminierungshandlung indiziert. Denn mit der Verletzung des Schutzgesetzes (Art. 60 § 1, 2) ist der Rechtsbruch begangen. Unrechtsausschließungsgründe werden in einem abschließenden Abschnitt über die anzuwendenden allgemeinen Grundsätze des Deliktrechts behandelt; sie können die Haftung des Unternehmens ausschließen.

Nach § 823 Abs. 2 S. 2 BGB haftet das Unternehmen nur für **s c h u l d h a f t e** Verstöße gegen das Schutzgesetz, und zwar auch dann, wenn das Schutzgesetz selbst ohne Verschulden verletzt werden kann. Art. 60 § 1, 2 enthält über das erforderliche Maß des Verschuldens keinerlei Bestimmung. Auch Art. 64, der die Verhängung von Geldbußen androht, gibt zur Frage des Verschuldens bei Diskriminierungen keinen Anhaltspunkt. Man könnte annehmen, Diskriminierungen seien auch dann nach Art. 64 zu ahnden, wenn sie nicht schuldhaft vorgenommen sind. Wie dem auch sei, für die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB ist Verschulden erforderlich. Der allgemeine zivilrechtliche Haftungsmaßstab umfaßt Vorsatz und Fahrlässigkeit. Mußte man aus dem insoweit unmißverständlichen Wortlaut des Art. 60 § 1, 1 schließen, daß von dem Verbot unlauteren Wettbewerbs nur vorsätzliche Verstöße erfaßt werden, und diesen Maßstab auch für die zivilrechtliche Haftung gelten lassen,

so gilt diese Feststellung nicht in gleicher Weise auch für das Diskriminierungsverbot des Art.60 § 1,2. Eine Beschränkung der Haftung nur auf vorsätzliche Verstöße ist hier weder nach dem Wortlaut der Bestimmung noch nach deren Inhalt und Bedeutung für die Wirtschaftsordnung der Gemeinschaft geboten¹²⁶⁾. Eine ausdehnende Interpretation des Art.60 § 1 in der Weise, daß der Begriff "concurrency déloyale" auch in den 2. Halbsatz hineinzulesen ist, ist unzulässig. Dieser Begriff des französischen Rechts, dessen Bedeutung oben¹²⁷⁾ erläutert worden ist, kann vom engeren Recht des unlauteren Wettbewerbs nicht getrennt werden. Das Diskriminierungsverbot aber ist keineswegs im klassischen Wettbewerbsrecht beheimatet, sondern ist in der amerikanischen Antitrustgesetzgebung ausgebildet worden¹²⁸⁾ und fand erst nach dem Kriege Eingang in das kontinental-europäische Recht. Bahnbrechend war der EGKSV selbst. Auch kann bisher eine Einfügung des Verbotes in die europäische Tradition durch eine Verbindung mit dem klassischen Wettbewerbsrecht nicht festgestellt werden¹²⁹⁾. Die beiden

126) A.A.BALLERSTEDT, S.39f; dazu im folgenden. Wie BALLERSTEDT auch HACKENBRACHT, S. 101. Wie hier LANG, S.288 Fußn. 29.

127) Vgl. o. 4.Kap. 1.Abschn. 2) b. aa. (3).

128) LANG, S.98; HACKENBRACHT, S.19; BALLERSTEDT, S.37.

129) Vgl. B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II § 1 UWG Rdnr. 236; FIKENTSCHER, Preisunterbietung S.76 f; BGH WuW/E BGH 227 f mit Lit.hinw. Die Verbindung der ungerechtfertigten Unterscheidung mit der unbilligen Behinderung in § 26 Abs.2 GWB deutet jedoch darauf hin, daß zumindest in Deutschland die Entwicklung in diese Richtung gehen könnte.

Verbote des Art. 60 sind also verschiedenen Ursprungs und verfolgen unterschiedliche Ziele. Das kommt auch in der entgegengesetzten Schutzwirkung - hier nur zugunsten der Mitbewerber, dort allein zugunsten der Käufer - zum Ausdruck. Die Verwendung des Begriffs "déloyale" in Art. 60 § 1,1 vermag also über den Verschuldensmaßstab in Art. 60 § 1,2 nichts auszusagen.

Eine Beschränkung der Haftung nur auf vorsätzliche Verstöße ist aber auch im Hinblick auf die Bedeutung des Diskriminierungsverbots für das Gemeinschaftsrecht nicht gerechtfertigt, Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt, § 276 S.2 BGB. Es ist in keiner Weise einzusehen, weshalb dieser Grundsatz für die Unternehmen in Bezug auf das Diskriminierungsverbot nicht gelten soll. Gewiß hat sich eine Auslegung des Diskriminierungsverbotes stets am Geist des gesamten Vertrages zu orientieren. Zur Bestimmung zivilrechtlicher Folgen eines Verstoßes gegen das Verbot aber müssen gerade auch die tragenden Grundsätze des anzuwendenden Zivilrechts gebührend berücksichtigt werden. Die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz stellt im BGB die Ausnahme dar. Sie muß deshalb als solche klar - möglichst nach dem Wortlaut des Gesetzes - erkennbar sein. BALLERSTEDT¹³⁰⁾ begründet seine entgegengesetzte Auffassung damit, daß das Verbot nur für Diskriminierungen gelte, die mit Rücksicht auf die unterschiedliche Nationalität der Käufer vorgenommen werden. Diese

130) BALLERSTEDT, S. 39 f; die Ausführungen sind allerdings in ihrer Kürze nicht frei von Widerspruch, vgl. S.38.

Diskriminierungen könnten nur vorsätzlich begangen werden. Eine solche Auslegung des Art. 60 § 1,2 entbehrt jedoch nach Wortlaut und Zweck des Diskriminierungsverbots der rechtlichen Grundlage. Art. 60 § 1,2 nennt die aus nationalpolitischer Motivation vorgenommene Diskriminierung nur als besonders hervorgehobenes Beispiel¹³¹⁾, ebenso wie Art. 60 § 1,1 die nur vorübergehende oder nur örtlich begrenzte Preissenkung. Die Unternehmen haben das Diskriminierungsverbot bei allen Verkäufen zu beachten. In einem integrierten Markt hat das Verbot immer und überall die gleiche Bedeutung, sei es nun, daß die Käufer verschiedener oder gleicher Nationalität sind. Eine abweichende Interpretation widerspricht bereits wieder dem allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Eine Beschränkung schon des Tatbestandes nur auf diese Fälle ist daher nicht gerechtfertigt¹³²⁾. HACKENBRACHT¹³³⁾, der diese Einschränkung im objektiven Tatbestand nicht vornimmt, will gleichwohl in dem gesetzlichen Beispiel einer nur vorsätzlichen Begehungsform das Indiz sehen für eine - was den subjektiven Tatbestand anbelangt - restriktive Auslegung des Verbotes. Diese grundsätzlich zwar nicht unzulässige Argumentation¹³⁴⁾ vermag jedoch als alleinige Begründung nicht zu überzeugen. Die ohne Rücksicht auf die Nationalität aus rein wirtschaftlichen Überlegungen vorgenommenen Preisdiskriminierungen werden in der Praxis weit häufiger anzutreffen sein. Denn 1. wird die Mehrzahl der Geschäfte auch im

131) Ebenso LANG, S. 105, 288 Fußn. 29; HACKENBRACHT, S. 101; FR. JERUSALEM, S. 111; A. JERUSALEM, S. 56; MERTENS, S. 73.

132) Vgl. o. 2. Kap. 1. Abschn. 2) b.

133) HACKENBRACHT, S. 101.

134) Vgl. o. 4. Kap. 1. Abschn. 2) b aa. (3).

integrierten Markt natürlicher Weise (Standort, traditionelle Handelsbeziehungen!) innerhalb der früheren Grenzen abgewickelt, 2.- und das ist entscheidend - sind nicht die nationalpolitischen, sondern - weil gewinnversprechend - die wirtschaftlichen Diskriminierungen für die Unternehmen interessant. Über der unbestreitbar völkerrechtlichen Natur des EGKSV darf dessen wirtschaftspolitischer Charakter nicht vergessen werden. Gerade aber die Preisdiskriminierung ist in erster Linie ein wirtschaftsrechtliches Phänomen¹³⁵⁾. Von der Mehrzahl der Fälle und deren schädlicher Wirkung aber müssen alle Überlegungen ausgehen. Das Verbot bezweckt nun in erster Linie, die nachteiligen Auswirkungen von Diskriminierungen auf dem Gemeinsamen Markt zu verhindern. Die subjektive Tatseite tritt demgegenüber nach der Zielsetzung der Bestimmung zurück. Aus diesem Grunde ist es erforderlich, daß möglichst viele Fälle von Diskriminierungen erfaßt werden, und zwar auch soweit, als sich die benachteiligten Käufer ihrer im Zivilverfahren erwehren wollen¹³⁶⁾, ganz abgesehen davon, daß die Beweisposition des Klägers im deutschen Recht eine günstigere ist, wenn er nur Fahrlässigkeit nachzuweisen hat. Hinsichtlich der Beweislast kommt dem Kläger jedoch bei einer auf § 823 Abs.2 BGB gestützten Klage schon die von der st.Rspr. aufgestellte

135) Vgl. auch MOSLER, ZaöRV 17, 419 Fußn.26.

136) Unverständlich ist der Widerspruch bei BALLERSTEDT, S.39 f, wenn er für das Verfahren nach Art.64 Fahrlässigkeit als ausreichend ansieht. Nach der Auffassung einiger Autoren - vgl. ZIMMERMANN, S.369, ZERR, S. 5 ff, wohl auch HOCHBAUM, S.99 f - können Sanktionen nach Art.64 sogar verhängt werden, ohne daß der Nachweis eines Verschuldens zu erbringen wäre.

Vermutung zugute, daß der nachgewiesene objektiv rechtswidrige Verstoß gegen das Schutzgesetz ein Indiz für eine schuldhafte Verletzung schafft¹³⁷⁾. Eine ähnliche Überlegung lag offenbar der Entscheidung der HB 1/54 in Art.2 zugrunde, nach der bei einer Abweichung von der veröffentlichten Preisliste eine Diskriminierung vermutet wird und der Gegenbeweis dem Unternehmen obliegt¹³⁸⁾. Richtig ist also, für das nach § 823 Abs.2 S.2 BGB vorausgesetzte Verschulden neben dem Vorsatz Fahrlässigkeit bereits genügen zu lassen¹³⁹⁾.

Entschuldigungsgründe sowie die infolge des Vertragschlusses zwischen dem Kläger und dem Beklagten naheliegende Frage des Mitverschuldens werden im 3. Abschnitt behandelt.

Schließlich ist noch auf das Erfordernis der tatsächlichen **Beeinträchtigung** des Käufers einzugehen. Er muß durch das diskriminierende Verhalten des Produzenten in seinen durch Art.60 § 1,2 geschützten Interessen verletzt sein. Entsprechend dem Schutzzweck des Diskriminierungsverbotes zugunsten der Käufer bedeutet das praktisch, daß eine Verschlechterung der Wettbewerbschancen des Klägers im Vergleich zu einem weiteren in vergleichbarer Lage befindlichen Kontrahenten des beklagten Unternehmens feststellbar sein muß. Für diese seine Benachtei-

137) Vgl. o. 1.Abschn. Fußn. 43 sowie die Bemerkungen über Rechtswidrigkeit und Schuld im französischen Recht.

138) Die viel kritisierte Entsch. - vgl. BALLERSTEDT S.40 Anm. 57, STEINDORFF, RabZ 56,278, ZIMMERMANN, S.370 f. - ist vom GH in den verb. Rs.1,2/ 54 Rspr. I S.7 ff (21), 79 ff. (95) bestätigt worden. M.E. wird sie auch von der Befugnis des Art.60 § 1 Abs.2 i.V.m. Art.8 und Art.5 Abs.2,4 HS. getragen, da sie die Praktikabilität des ohnehin schwierig anzuwendenden Diskriminierungsverbotes fördert.

139) Ebenso LANG, S.288 Fußn.29; MERTENS, S.73.

ligung¹⁴⁰⁾, die Art. 60 § 1, 2 verhindern will, hat der Käufer den Nachweis zu erbringen.

(1) Für die Begründetheit des Schadensersatzanspruchs ist außerdem erforderlich und vom Kläger zu beweisen, daß er durch die diskriminierende Benachteiligung einen Schaden erlitten hat. Benachteiligung und Schaden sind nicht identisch¹⁴¹⁾. Der Schaden muß wirtschaftlich meßbar sein; dagegen kann eine Benachteiligung durch die Diskriminierung schon in der Rechtsbeeinträchtigung liegen, ohne daß dadurch ein wirtschaftlicher Schaden entstanden ist¹⁴²⁾. Damit ist bereits auch auf den erforderlichen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Diskriminierung, Benachteiligung und Schädigung hingewiesen.

(2) Der Unterlassungsanspruch hat zwar die Schädigung nicht zur Voraussetzung; neben der einmal erfolgten Benachteiligung bedarf es aber des Nachweises der Wiederholungsgefahr. Hiermit eng verknüpft ist das gleichfalls nachzuweisende Rechtsschutzbedürfnis. In beiden Anspruchsvoraussetzungen liegt – wie sich noch zeigen wird – die besondere Problematik des Unterlassungsanspruches.

Diese grundsätzlichen Bemerkungen vorangestellt, können nunmehr die Ansprüche in den einzelnen Fällen einer Diskriminierung auf ihre Begründetheit untersucht werden. Die oben behandelten allgemeinen Voraussetzungen sind jeweils unterstellt, ohne daß sie nochmals eigens erwähnt werden.

140) Vgl. ZIMMERMANN, S. 79, 201; MOSLER, ZaöRV 17, 421; HOCHBAUM, S. 102 f.

141) Vgl. das Urt. des GH in den verb. Rs 3-18/58, 25, 26/58 Rspr. VI/1 S. 411.

142) Vgl. ZIMMERMANN, S. 80, 201.

cc. Fallgruppe I:

(1) Der Schadensersatzanspruch

A_2 , der sich P gegenüber mit A_1 in vergleichbarer Lage befindet, ist durch die Diskriminierung seitens P infolge Vereinbarung ungünstigerer Bedingungen unmittelbar benachteiligt. Wie er erst hinterher erfährt, hat er an P einen höheren Preis entrichtet als A_1 - sei es als Einstandspreis, sei es als effektiv zu erbringende Gegenleistung nach Berücksichtigung aller preiswirksamen Bedingungen. Unmittelbar benachteiligt ist A_2 dadurch, daß sich das Unrecht direkt gegen ihn richtet; in seiner Schlechterstellung selbst liegt die Normabweichung und damit der widerrechtliche Verstoß gegen das Schutzgesetz. Der höhere Preis ist, gemessen an der als Norm geltenden Preisliste unrechtmäßig; der Schaden des A_2 hat mindestens diesen Wert der Normverletzung, nämlich der Differenz zwischen Listenpreis und dem von A_2 entrichteten Kaufpreis. Rechtmäßig behandelt ist A_2 dann, wenn auch auf ihn die Norm, d.h. die Preisliste des Unternehmens, angewendet wird, denn dazu ist das Unternehmen nach Art. 60 § 1,2, § 2 verpflichtet. Das kann nur dadurch geschehen, daß P den widerrechtlich von A_2 zuviel geforderten Betrag zurückerstattet. M.a.W. A_2 kann von P die Erstattung der diskri-

143) Vgl. o. 3) a., S. 125, 127.

minatorischen Differenz¹⁴⁴⁾ als Mindestschaden verlangen. Im Einzelfall kann ein weitergehender Folgeschaden, etwa durch Kundenverlust, Umsatz- und Gewinnrückgang infolge des unrechtmäßig erhöhten Preises verursacht sein. P. ist auch zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet. A₂ hat allerdings in diesem Falle zu der konkreten Schadensberechnung überzugehen und den Schaden konkret nachzuweisen.

(2) Der Unterlassungsanspruch

Zwei verschiedene Unterlassungsbegehren des A₂ sind denkbar:

1. Er verlangt, daß P in Zukunft keine Verträge zu den günstigeren Bedingungen der Preisliste mehr abschließt, - daß er praktisch auch allen zukünftigen Geschäften die ihm (A₂) selbst gewährten Bedingungen zugrunde legt.

2. A₂ verlangt von P, daß dieser in Zukunft Diskriminierungen ihm gegenüber unterläßt.

144) HACKENRACHT, S.102; MERTENS, S.73 und LANG S.291 geben, ohne im einzelnen zu differenzieren, Ersatz des entstandenen Schadens. Vgl. auch FIKENTSCHER, BB 56,797 linke Sp.o. Dieses Ergebnis sowie der zugrundegelegte Diskriminierungsfall entsprechen den von KAHRS, S.40 ff, erörterten overcharge-Fällen der amerikanischen Rechtsprechung. Die Abweichung gegenüber den Überlegungen KAHRS', S.144 ff. (149 f.) ergibt sich aus dem von KAHRS nicht zu berücksichtigenden Umstand (da sich seine Untersuchung nur auf § 26 Abs.2 GWB erstreckt), daß im Gemeinschaftsrecht Preislistenzwang herrscht und alle Diskriminierungen an der Preisliste als Norm zu messen sind. Die Unternehmen sind zur Einhaltung der Liste verpflichtet und jede diskriminierende Abweichung ist rechtswidrig. Der Wert dieser Rechtsverletzung manifestiert sich gewissermaßen in der diskriminatorischen Differenz.

Der Unterlassungsanspruch kann seinem Inhalt nach nur darauf gerichtet sein, den Beklagten für die Zukunft zu einer Unterlassung der widerrechtlichen Eingriffe in die Rechtssphäre des Klägers zu verpflichten. Positiv kann man sagen, der Beklagte soll zu einem rechtmäßigen Verhalten veranlaßt werden. Begründet ist der Anspruch nur, wenn nachweislich die ernsthaftige Gefahr besteht, daß sich solche Eingriffe wiederholen.

1. Solange P seine bisherige Preisliste, zu deren Bedingungen A_1 kontrahiert hat, beibehalten will, sind nur Geschäfte nach dieser Liste rechtmäßig, - abgesehen von Angleichungs- oder nicht vergleichbaren Geschäften, die eine Abweichung rechtfertigen können. A_2 kann aber nicht verlangen, daß P den Abschluß allein zulässiger Geschäfte unterläßt, daß er sich in Zukunft praktisch rechtswidrig verhält, indem er auch anderen Wettbewerbern des A_2 den erhöhten Preis abverlangt. Der Unterlassungsanspruch will im Gegenteil ein rechtmäßiges Verhalten herbeiführen.

Es ist P aber auch mit Rücksicht auf die in der Gemeinschaft anerkannte Privatautonomie¹⁴⁵⁾ freigestellt, welche Norm (i.e. Preisliste¹⁴⁶⁾) er sich geben will. Deshalb hat A_2 auch keinen Anspruch darauf, daß P die Anwendung seiner bisherigen Preisliste in Zukunft ganz unterläßt und alle neuen Geschäfte zu den auf A_2 angewendeten Bedingungen abschließt. Die Anwendung der A_2 -Bedingungen auf alle zukünftigen Geschäfte wäre zwar keine rechtswidrige Diskriminierung mehr, sondern eine zulässige, da generell praktizierte Änderung der alten Preisliste. Damit

145) Vgl. a. 2) S. 120

146) Vgl. o. s. Kap. 1. Abschn. 2) b.

würde A₂ jedoch verlangen, daß P sich eine neue, und zwar ganz bestimmte Norm setzt. Darauf hat er nach dem Wesen des Diskriminierungsverbots keinen Anspruch. Insoweit ist der Ansicht ZIMMERMANNs¹⁴⁷⁾ zuzustimmen, der Verpflichtete könne frei entscheiden, auf welche Weise er die Verletzung der Gleichbehandlungspflicht beseitigen wolle; der Benachteiligte sei an diese Entscheidung gebunden und habe grundsätzlich kein Recht, eine bestimmte Art der Herstellung der Gleichbehandlung zu verlangen. In der von Zimmermann vertretenen allgemeinen Form ist seine Auffassung allerdings nicht zu billigen. Denn Richtlinie für die Verpflichtung des Unternehmens und die Ansprüche des Diskriminierten sind stets das Gemeinschaftsrecht und die vom Unternehmen selbst gesetzte Norm. Daran gemessen, können durchaus - wie sich zeigen wird - bestimmte Ansprüche des Klägers begründet sein.

Mit diesem Antrag steht der Unterlassungsanspruch dem Kläger also nicht zu.

2. Es war schon darauf hingewiesen¹⁴⁸⁾, daß ein Abschlußzwang für die Unternehmen weder nach Art. 60 noch nach Art. 4 lit.b. besteht. A₂ kann deshalb auch nicht verlangen, daß P in Zukunft ihm gegenüber die Anwendung dieser konkreten diskriminierenden Bedingungen oder überhaupt den Abschluß ihn diskriminierender Geschäfte

147) ZIMMERMANN, S.81

148) Vgl. o. 2) S. 119 f.

unterläßt¹⁴⁹⁾. Da weder P verpflichtet ist, mit A₂ zu kontrahieren, noch A₂ mit P abzuschließen braucht, kann eine Wiederholungsgefahr nicht angenommen werden. Da die zukünftigen Beziehungen zwischen P und A₂ völlig ungewiß sind und jeder der Partner Abschlußfreiheit besitzt, kann P auch nicht zu einem bestimmten Verhalten A₂ gegenüber verpflichtet werden, selbst wenn er einmal durch eine Diskriminierung in die Rechtssphäre des A₂ eingegriffen hat. Es fehlt für A₂ somit auch schlechthin am Rechtsschutzbedürfnis. Abwegig wäre die Fassung des Antrags in die Form, P habe, w e n n er mit A₂ Geschäfte schließe, Diskriminierungen zu unterlassen. Einmal wäre der Antrag zu unbestimmt, darüberhinaus ist P. zu diesem Verhalten bereits von Gesetzes wegen nach Art. 60 § 1, 2 ohnehin verpflichtet. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, Verbote des Gesetzes in deren allgemeiner Form zu wiederholen¹⁵⁰⁾.

Man ist geneigt, das Rechtsschutzbedürfnis für einen Unterlassungsanspruch zu bejahen, wenn zwischen A₂ und P langfristige Geschäftsbeziehungen bestehen. Diese sind dann entweder auf einen einzigen langfristigen Vertrag, der mehrere Lieferungen beinhaltet, zurückzuführen, oder sie haben ihre Ursache zu zahlreichen auf Grund guten Einvernehmens immer wieder neu geschlossenen Einzelverträgen. An sich liegen damit für einen

149) Diese Fälle legen BALLERSTEDT, S. 41, HACKENBRACHT, S. 102 und STEINDORFF, RabZ 56, 321 ihrer Ablehnung des Unterlassungsanspruches zugrunde. Ihnen ist insoweit zuzustimmen. In den weiteren Untersuchungen wird sich jedoch erweisen, daß diese Auffassung nicht auf alle Fälle der Diskriminierung zutrifft.

150) Vgl. auch die Begründung bei den Fußn. 149 genannten Autoren.

Unterlassungsanspruch keine anderen Voraussetzungen vor, die nunmehr seine Begründetheit tragen würden. Aber dennoch bedürfen diese Fälle einer individuellen Beurteilung.

Zwar ist der langfristige Vertrag über mehrere Lieferungen ein einziges Geschäft mit einmaligen (n.b. diskriminierenden) Bedingungen. Die Diskriminierung ist einmal bei Abschluß erfolgt und wiederholt sich nun nicht bei jeder Lieferung. Man könnte eine Wiederholungsgefahr deshalb verneinen. Die bei Vertragsschluß erfolgte Diskriminierung konkretisiert sich aber gewissermaßen doch in jeder weiteren Lieferung, weil jedesmal die früheren Bedingungen zur Anwendung gelangen. Aus diesem Grunde muß A_2 unter Heranziehung des Gedankens aus § 242 BGB der Anspruch auf Vertragsangleichung an die rechtmäßigen Listenbedingungen gewährt werden.

Im anderen Falle, in dem auf Grund langjähriger Beziehungen die Parteien immer neue Verträge schließen, kann zwar mit zukünftigen Diskriminierungen gerechnet werden. A_2 hat aber die Freiheit, die Geschäftsverbindung abubrechen. Durch Aufnahme von Geschäftsverbindungen mit einem anderen Produzenten kann er bereits selbst den Diskriminierungen durch P ausweichen. Für eine Unterlassungsklage fehlt das Rechtsschutzbedürfnis.

Trotz dieser grundsätzlich anerkannten Freiheit beider Parteien kann es im Einzelfall allerdings einmal geboten sein, zu einem abweichenden Ergebnis zu gelangen. Gedacht ist an die Fälle, in denen es A_2 verwehrt ist, auf andere Produzenten auszuweichen. Diese Zwangslage des A_2 mag auf die verschiedensten Gründe zurückzuführen sein.

Es sind etwa die Transportmöglichkeiten zwischen ihm und den anderen Produzenten infolge einer Naturkatastrophe, eines Streiks oder wegen Kriegs- oder Sabotagehandlungen unterbrochen, einzig von P kann er noch weiterbeziehen; oder er selbst hat ein termingebundenes Geschäft auszuführen, und nur P allein kann noch fristgerecht zuliefern; vielleicht befindet sich A_2 auf Grund seines Standortes allgemein in so ungünstiger Lage, daß er wirtschaftlich nur von P beziehen kann und ihm ein Ausweichen schlechterdings nicht zuzumuten ist. Dann hat P A_2 gegenüber eine faktische Monopolstellung inne, die ihn zu einem oder mehreren weiteren Vertragsschlüssen mit A_2 verpflichten würde¹⁵¹⁾. Ist aber dieser Abschlußzwang im Einzelfall anzunehmen, so besteht auch eine Wiederholungsgefahr weiterer Diskriminierungen, und A_2 hat das Rechtsschutzbedürfnis, Unterlassung dieser Diskriminierungen oder den Abschluß der zukünftigen Verträge zu nicht diskriminierenden Bedingungen, d.h. zu den Bedingungen der Preisliste¹⁵²⁾, von P zu verlangen.

Indessen handelt es sich um seltene Ausnahmefälle. Von diesen abgesehen, ist als Ergebnis festzustellen, daß in der I. Fallgruppe ein Unterlassungsanspruch grundsätzlich nicht gegeben ist.

(3) Eine Variante der I. Fallgruppe bedarf noch der Untersuchung. Es ist denkbar, daß A_2 noch vor Erbringung seiner Gegenleistung erfährt, daß P von seiner Preisliste in diskriminierender Weise abgewichen ist und ihn damit benachteiligt

151) Vgl. NIPPERDEY, Kontrahierungszwang, S. 53 ff, 61 ff.

152) Vgl. NIPPERDEY, aaO., S. 31, 54 ff: Kontrahierungszwang als Ergebnis des Unterlassungsanspruchs.

hat. Dann stellt sich die Frage, ob A_2 das Recht hat, die Erbringung seiner Leistung zu verweigern, zumindest in der Höhe der diskriminatorischen Differenz. Im Prozeß könnte dieses Recht zu einer erheblichen Einwendung des Käufers gegenüber der Kaufpreisklage des Produzenten führen.

Da das diskriminierende Geschäft rechtswirksam ist, ist der Anspruch P's auf den vollen Kaufpreis nach dem Vertrage begründet. A_2 ist danach zur Zahlung des vollen Kaufpreises, also einschließlich der diskriminierenden Differenz, verpflichtet, wenn er nicht schon in diesem "Kaufpreisprozeß" seinen zukünftigen Schadensersatzanspruch einredeweise geltend machen kann. Man könnte an ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) oder an eine Aufrechnungsmöglichkeit (§§ 387, 389 BGB) denken.

§ 273 BGB berechtigt aber nur zur einstweiligen Verweigerung einer an sich geschuldeten Leistung. Sowie die geschuldete Gegenleistung erbracht ist, muß auch die vorläufig zurückbehaltene Leistung bewirkt werden. A_2 ist aber gerade der Ansicht, daß er die volle Leistung gar nicht schulde, er will zumindest in Höhe der diskriminatorischen Differenz überhaupt nicht erfüllen. Deshalb ist § 273 BGB nicht anwendbar, abgesehen davon, daß die vertragliche Leistung des P, bis zu deren Erbringung A_2 das Zurückbehaltungsrecht geltend machen könnte, gar nicht streitig ist.

Eine Aufrechnung ist deshalb nicht möglich, weil der Schadensersatzanspruch des A_2 - solange er den diskriminierenden Preis nicht gezahlt hat - noch gar kein Geldanspruch und somit nicht bezifferbar ist, oder weil der Schaden noch gar nicht entstanden ist.

Die einzige Norm, die ein Leistungsverweigerungsrecht des A₂ rechtfertigen könnte, ist § 242 BGB. Nach dem Grundsatz *dolo petit qui petit quod statim rediturus est* stent ihm die Arglisteinrede zu. Denn nach Zahlung des vollen Kaufpreises hätte P - wie die vorangegangenen Erläuterungen zeigen - auf Grund seiner Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs.2 BGB i.V.m. Art.60 § 1,2 mindestens die diskriminatorische Differenz an A₂ zurückzuzahlen. Es bedeutet eine mißbräuchliche Rechtsausübung, wenn P vorher auf Zahlung des vollen Kaufpreises beharrte. Vom prozeßökonomischen Standpunkt aus wäre es auch widersinnig, ihm den vollen Anspruch zunächst zuzusprechen und A₂ damit zu einem zweiten, nämlich dem Schadensersatzprozeß zu zwingen, in dem dann wiederum P zur Rückerstattung verurteilt würde.

Eine andere Lösungsmöglichkeit bietet auch der Vorschlag FIKENTSCHERS¹⁵³⁾, den von A₂ geltend gemachten Schadensersatzanspruch als Anspruch auf Befreiung von der - im Endeffekt nicht geschuldeten - Verbindlichkeit aufzufassen. Fikentscher hat diesen Anspruch in der Diskussion über die Wirksamkeit und Erfüllung der Einzelverträge, die auf eine verbotene Kartellabsprache zurückzuführen sind¹⁵⁴⁾, entwickelt. Der Gedanke könnte in entsprechender Anwendung auch hier

153) FIKENTSCHER, BB 56,797.

154) Vgl. dazu FLUME, WuW 56,457 ff; BALLERSTEDT, JZ 56,267 ff; SPENGLER, WuW 60,410 ff (421 f). Mit dieser Frage befassen sich auch die von FLUME, aaO, erörterten Entscheidungen des amerikanischen Supreme Court, besonders *Connolly v. Union Sewer*

weiterführen. Als Schadensersatz könnte A_2 von P verlangen, ihn nach dem Grundsatz der Naturalrestitution gemäß § 249 BGB von seiner Verbindlichkeit in Höhe der unzulässigen diskriminatorischen Differenz freizustellen. Da aber dieser Anspruch gleichfalls kein Geldanspruch ist, müßte verfahrenstechnisch auch wieder auf § 242 BGB zurückgegriffen werden. § 823 gewährt als Deliktshorm noch kein Gegenrecht, das zur Abweisung der Kaufpreisklage führen könnte. Denn nur die begründete Einrede, die dem Beklagten auf Grund einer gegen die Anspruchsnorm gerichteten gesetzlichen Vorschrift zusteht, bietet eine wirksame Verteidigung gegen die vertraglich begründete Kaufpreisklage.

Jedenfalls kann immer nur über den Schadensersatzanspruch ein Leistungsverweigerungsrecht des A_2 zum gewünschten Erfolg führen. Ein "Diskriminierungseinwand" als solcher, also nur die Berufung auf den Diskriminierungstatbestand, ist bisher unbekannt und kann angesichts der Kontroverse, die schon um den Kartell- und Monopoleinwand¹⁵⁵⁾ herrscht, auch nicht anerkannt werden. Das bedeutet allerdings, daß der

Pipe Co. 184 US 540 (1902). In diesen Fällen ist die Einrede des Beklagten gegen die Kaufpreisklage nicht anerkannt worden. Die Diskriminierungsfälle sind jedoch anders zu beurteilen, weil der streitige Vertrag selbst unzulässige Preisvereinbarungen enthält; vgl. auch das dissenting vote von Richter Murphy in *Bruce's Juices v. American Can Co* 330 US 743 (1946), der in einem Diskriminierungsfalle die Kaufpreisklage in Höhe der diskriminatorischen Differenz abweisen wollte. Zahlreiche Fälle, in denen vom Supreme Court Einreden des Beklagten wegen Verstoßes gegen die Antitrustgesetze zugelassen werden, nennt CURTI, S.32.

155) Vgl. SPENGLER, WuW 60,410 ff. (421 f.)

objektive Tatbestand einer Diskriminierung und die weiteren Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch bereits in diesem "Kaufpreisprozeß" geprüft werden müssen. Da das aber im späteren Schadensersatzprozeß ohnehin geschehen müßte, hindert dieser Umstand nicht, ein Leistungsverweigerungsrecht des auf Zahlung des Kaufpreises in Anspruch genommenen A_2 in Höhe der diskriminatorischen Differenz für die Fälle der Gruppe I anzuerkennen.

Abschließend zu Fallgruppe I ist jedoch zu bemerken, daß diese Fälle der Preisdiskriminierung in der Praxis relativ selten sein werden. Dank des Preislistensystems hat jeder Käufer die Möglichkeit, sich über die Preislage am Markt zu informieren. Er kennt auch in der Regel die Preisliste seines Kontrahenten P. Infolgedessen wird er von vornherein eine Benachteiligung zu verhindern wissen. Denkbar ist jedoch, daß er den diskriminierenden Charakter des Geschäfts erst später erkennt. Die Vergleichbarkeit der Geschäfte und der Funktion und Lage der Käufer ist nicht immer leicht zu erkennen und wird sehr häufig verschieden beurteilt. Besondere Bedeutung erlangt deshalb auch die Frage, inwieweit ein Vertragsschluß, der immerhin die Einigung beider Parteien bedeutet, zu einem Mitverschulden des Käufers führen und den Schadensersatzanspruch mindern oder ganz ausschließen kann. Diese Frage wird in dem abschließenden Abschnitt¹⁵⁶⁾ über die gemeinsamen Voraussetzungen für die Schadensersatzansprüche wieder aufgegriffen werden.

156) Vgl. u. 3. Abschn.

dd. Fallgruppe II¹⁵⁷⁾:

Der Praxis weitaus näher - zumal in einer angespannten Konkurrenz unter den Produzenten (Käufermarkt) - kommen die Fälle, in denen P in einem einzelnen Geschäft zu G u n s t e n von A_2 von seiner Preisliste abweicht. Obwohl seine Bevorzugung wegen des Verbotes in Art. 60 § 1, 2 widerrechtlich war, wird A_2 nicht gegen P vorgehen. Ihm brachte das Geschäft nur Vorteile, so daß er kein Interesse daran hat, gegen P Sanktionen zu ergreifen. Hier ist A_1 der benachteiligte Käufer. Der diskriminierende Vorteil, den P A_2 eingeräumt hat, stellte sich für ihn aus seiner Sicht als Benachteiligung dar. Die Besonderheit dieser Fälle liegt darin, daß sich A_1 benachteiligt fühlt, obwohl P ihm gegenüber die Preisliste eingehalten hat. Die Benachteiligung des A_1 erfolgt nicht durch widerrechtliches Verhalten seitens P ihm gegenüber, sondern durch die widerrechtliche Bevorzugung eines Dritten (A_2). Sie ist also mittelbar.

(1) Der Schadensersatzanspruch

Den wirtschaftlichen Interessen des A_1 wäre am besten gedient, wenn P verpflichtet werden könnte, den streitigen Vorteil auch A_1 zu gewähren. Diesen Anspruch wird A_1 mit einer Schadensersatzklage gegen P auch geltend machen wollen.

Der Anspruch des A_1 könnte nur ein Geldanspruch sein. Denn wollte man gem. § 249 BGB den hypothe-

157) Vgl. o. 3) a. S. 125, 127

tischen Zustand ermitteln, der bestehen würde, ohne daß P A_2 den diskriminierenden Vorteil eingeräumt hätte, so sähe man sich unzähligen anderen Möglichkeiten gegenüber. Auch in der Gemeinschaft herrscht Vertragsfreiheit. Der Vertrag mit A_2 hätte zu den Bedingungen der Preisliste oder zu schlechteren Bedingungen oder zu allen Bedingungen, die zwischen denen der Preisliste und den tatsächlich A_2 eingeräumten liegen, oder auch überhaupt nicht abgeschlossen werden können. Da im übrigen P an seinen Vertrag mit A_2 gebunden ist, kann nachträglich überhaupt kein anderer Zustand in Natur hergestellt werden. Der Geldanspruch könnte darauf gerichtet sein, daß P die diskriminatorische Differenz nachträglich an A_1 zahlt. Zu dem gleichen Ergebnis käme man, wenn man mit ZIMMERMANN¹⁵⁸⁾ den Schadensersatzanspruch schlicht als Anspruch auf Wiederherstellung des verletzten Status der Gleichheit begreift. Nachträgliche Gleichbehandlung könnte A_1 in der Form verlangen, daß nun auch ihm der diskriminatorische Vorteil eingeräumt werde. Diesen Anspruch billigt Zimmermann¹⁵⁹⁾ gerade in den Fällen wie diesen unter der Gruppe II zu, in denen der zur Gleichbehandlung Verpflichtete eine freie Wahlmöglichkeit zu anderweitiger Gleichbehandlung, z.B. wegen rechtlicher Bindung (!) - infolge des Vertrages mit A_2 - nicht mehr hat. Der Ansicht ist zu widersprechen. Da die Bevorzugung des A_2 wegen Verstoßes gegen Art. 60 § 1, 2 widerrechtlich war, ist auch die nachträgliche Gleichstellung des A_1 widerrechtlich.

158) ZIMMERMANN, S. 80, 202

159) ZIMMERMANN, S. 82, 203

(Immer unterstellt, daß die Preisliste nach wie vor die Norm des Produzenten bildet.) Die Besserstellung des A_1 durch eine nachträgliche Angleichung an die Lage des A_2 bedeutet eine erneute Abweichung von der Norm (der Preisliste) des P. Wenn unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes ein Einzelner bevorzugt worden ist, so kann nicht ein Dritter, der sich in vergleichbarer Lage befindet, unter Berufung auf den Gleichheitssatz die gleiche widerrechtliche Bevorzugung verlangen¹⁶⁰⁾. A_1 hat keinen Anspruch auf ein widerrechtliches Verhalten des P.

Ebensowenig kann A_1 verlangen, daß P die Gleichheit, zumindest für die Zukunft, dadurch herstellt, daß er nunmehr allen Käufern den A_2 gegenüber gewährten Vorteil einräumt¹⁶¹⁾. Ein solcher Anspruch deckt sich nicht mit dem Prinzip der Privatautonomie, das in der EGKS gerade insoweit unstreitig anerkannt ist, als die Unternehmen die Freiheit der Wahl besitzen, welche Norm sie sich für ihr zukünftiges Handeln setzen wollen¹⁶²⁾. Mit dem Diskriminierungsverbot ist nicht zu Gunsten der

160) Vergleichbar ist der Grundsatz des allgemeinen Verwaltungsrechts, daß eine Bindung der Verwaltungspraxis für die Zukunft durch ständige Übung nicht eintritt, wenn die bisherige Praxis der Rechtslage nicht entsprach, vgl. H.J. WOLFF Verwaltungsrecht I, 6. Aufl. 1965, § 30 (S. 141 f.), § 31 (S. 154 f.).

161) Dieselbe Unterscheidung zwischen den beiden Arten der Wiederherstellung der Gleichheit findet sich auch in den verb. Rs. 24,34/59 Rspr. VI/2 S. 625, 673, 675. Der GH kam im wesentlichen zu dem gleichen Ergebnis wie hier.

162) Vgl. o. 2. Kap. 1. Abschn. 2) b.

Käufer das Meistbegünstigungsprinzip eingeführt¹⁶³⁾. Ein Schadensersatzanspruch dieses Inhalts stent A_1 deshalb nicht zu¹⁶⁴⁾.

Auf Grund der vorstehenden Überlegungen ist aber nur der Anspruch auf die diskriminatorische Differenz als Mindestschaden ausgeschlossen. Indessen darf nicht vergessen werden, daß P rechtswidrig gehandelt hat und die vom Gesetz gewollte Chancengleichheit der Wettbewerber auf der Marktgegensseite gestört hat. A_1 kann - sofern er mit A_2 in Wettbewerb steht - infolge der günstigeren Bedingungen, zu denen A_2 hat abschließen können, Kunden verloren oder höhere Kosten zu tragen, in jedem Falle aber eine Gewinneinbuße zu verzeichnen haben¹⁶⁵⁾. Diesen konkreten Schaden, den P durch sein diskriminierendes Verhalten verursacht hat, muß A_1 von P ersetzt verlangen können. Er hat in diesem Falle den entgangenen Gewinn konkret nachzuweisen. Zu der Frage, welcher Beweis im einzelnen von A_1 zu führen ist (§§ 286, 287 ZPO), kann den zutreffenden Ausführungen von KAHRS¹⁶⁶⁾ gefolgt werden, die an dieser Stelle nicht wiederholt werden sollen, und auf die deshalb verwiesen wird.

(2) Der Unterlassungsanspruch

1. Ein Unterlassungsanspruch mit dem Begehren des A_1 , P. solle die Anwendung der Listenbedingungen

163) Vgl. FIKENTSCHER, WuW 58,265; BENISCH i. Gem.Kom.§ 26 Abs.2 Rdnr. 59.

164) Die Ansicht KRACHTs, NJW 60,1234, nach der der Käufer die Wahl zwischen beiden Ansprüchen hat, ist für das Recht der EGKS nicht verwertbar, weil sich die Unternehmen gem. Art.60 § 2 mit ihrer Preisliste jeweils eine Norm setzen, an der die Geschäfte auszurichten sind.

165) Vgl. KAHRS, S.67 Zif.12, S.151 f.

166) KAHRS, S.157 ff. (160 ff.).

auch ihm gegenüber in Zukunft unterlassen - positiv ausdrückt: auch ihn wie A_2 bevorzugen -, kann aus den bereits dargelegten Gründen ernsthaft nicht erwogen werden. Die Einhaltung der Preisliste ist keine widerrechtliche Benachteiligung des A_1 , auf deren Unterlassung er einen Anspruch hätte. Vielmehr wirkt sich die unrechtmäßige Bevorzugung des A_2 auf A_1 nachteilig aus. Und die Abweichung von der Liste nun auch zugunsten des A_1 wäre ein widerrechtliches Verhalten des P, das A_1 nicht auch noch mit gerichtlicher Hilfe dürfte herbeiführen können.

2. Der Anspruch wäre in dieser Fallgruppe ausschließlich so zu fassen, daß A_1 von P Unterlassung der widerrechtlichen Abweichung von den Bedingungen der Preisliste zugunsten von A_2 verlangt. Die Voraussetzungen für ein solches Begehren bedürfen der sorgfältigen Nachprüfung:

Ein widerrechtlicher Eingriff in die durch Art. 60 § 1,2 geschützte Rechts- und Interessensphäre des A_1 durch die diskriminierende Bevorzugung des A_2 kann festgestellt werden. Mit der verbotenen Bevorzugung des A_2 ist das Schutzgesetz verletzt. Durch diesen Verstoß erfährt A_1 im Vergleich zu A_2 einen Wettbewerbsnachteil. Die Korrelation zwischen Bevorzugung und Benachteiligung ist kennzeichnend für die materielle Diskriminierung. Diese Beeinträchtigung aber will das Diskriminierungsverbot des Art. 60 § 1,2 gerade verhindern.

Die Problematik des Unterlassungsanspruchs liegt allerdings in dem Nachweis der Wiederholungsgefahr. Er wird in Einzelfällen gelingen. Hat der Produzent nachgewiesenermaßen Diskriminierungen bereits häufiger begangen, wird man eher geneigt

sein, Wiederholungen zu befürchten. Immer aber kann nur die Unterlassung konkreter Handlungen, die eine widerrechtliche Beeinträchtigung des Klägers bedeuten, verlangt werden. Für ein allgemeines Unterlassungsbegehren ist das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen¹⁶⁷⁾, weil eine Verurteilung nur das bereits geltende gesetzliche Verbot wiederholen könnte. Ein Unterlassungsanspruch kann A₁ also nur da zustehen, wo es gilt, ganz bestimmte ihm selbst drohende Diskriminierungen abzuwehren.

Solche Fälle sind indessen durchaus denkbar. Zur Erläuterung diene ein Beispiel. A₁ steht seit langem in ständiger Geschäftsverbindung mit P. Über die Lieferung eines bestimmten Produktes, z.B. von Spundwänden, werden langfristige Verträge mit sukzessiver Abnahme geschlossen, und zwar im Regelfalle zu den Bedingungen der Preisliste. A₁ legt keinen Wert darauf, daß P ihm vertragswidrige Sondervorteile einräumt. Seit einiger Zeit ist P dazu übergegangen, in Abweichung von der Preisliste andere Kunden, die sich mit A₁ in Wettbewerb und in vergleichbarer Lage befinden, zu diskriminierenden (günstigeren). Sonderbedingungen mit Spundwänden zu beliefern. Eine generelle Änderung der Preisliste ist aus dieser Praxis jedoch nicht erkennbar; sie ist von P auch gar nicht beabsichtigt. Z.B. gewährt P, obwohl es sich um Lieferungen geringeren Umfanges handelt, diesen Abnehmern dieselben und z.T. noch günstigere Rabatte, als sie mit A₁ vereinbart sind. Oder neue Kunden erhalten bereits im ersten Vertrag den A₁ zu Recht eingeräumten Treuerabatt. Da A₁ für längere Zeit gebunden ist, hat er ein

167) Insoweit ist HACKENBRACHT, S. 102, zuzustimmen.

Interesse daran, daß P diese Diskriminierung unterläßt. Jeder Vorteil an andere, mit A₁ in Wettbewerb stehende Kunden, benachteiligt diesen aufs neue. Nach dem bisherigen Verhalten des P ist mit Wiederholungen zu rechnen. In diesen und ähnlichen Fällen ist A₁ ein Unterlassungsanspruch zuzuerkennen. Er kann verlangen, daß P vom Gericht verboten wird, weiterhin an bestimmte Kunden oder an Kunden in bestimmter (mit der des A₁ vergleichbarer) Lage Spundwände zu den konkreten, als diskriminierend anzusehenden Bedingungen zu liefern. Grundsätzliche rechtliche Bedenken gegen den Anspruch bestehen, trotz nicht zu verkennender Schwierigkeiten im Prozeß - etwa in Beweisfragen - nicht. Das wirtschaftliche Interesse des A₁ kann dagegen erheblich sein. Das entscheidende Hindernis gegen den Unterlassungsanspruch, der ja immer auf ein zukünftiges Verhalten abzielt, liegt in der Vertragsfreiheit der Unternehmen. Zukünftige Diskriminierungen drohen dem A₁ deshalb immer nur, wenn er irgendwie für längere Zeit an P gebunden ist.

Ob eine Wiederholungsgefahr schon nach einem einzelnen diskriminierenden Geschäft angenommen werden kann, ist im Einzelfall zu entscheiden. Bestimmte Umstände müssen dazu Anlaß geben, weitere rechtswidrige Eingriffe zu befürchten. Die Wettbewerbsabsicht des P kann hierfür Indiz sein, aber auch nicht mehr¹⁶⁸⁾. Wenn A₁ in dem gewählten Beispiel von Vorverhandlungen des P

168) Zu weitgehend m.E. die Rspr., die an die Wettbewerbsabsicht eine tatsächliche Vermutung für eine Wiederholungsgefahr knüpfen will. Vgl. die Hinweise bei RGRK-HAAGER vor § 823 Anm. 75, B.-HEFERMEHL, 9. Aufl., II Einl. UWG Rdnr. 178. Vgl. auch o.S. 111 Fußn. 67

mit A_2 erfährt, die aller Wahrscheinlichkeit nach zu einem diskriminierenden Geschäftsabschluß führen werden, kann auf das Vorliegen einer bereits erfolgten Diskriminierung verzichtet werden¹⁶⁹⁾. A_1 hat dann das Recht, bereits diesen bevorstehenden einmaligen rechtswidrigen Angriff mit einer Unterlassungsklage abzuwehren. An den Nachweis der drohenden Rechtsverletzung sind in diesen Fällen freilich strenge Anforderungen zu stellen.

Die Frage nach einem Leistungsverweigerungsrecht stellt sich in dieser Fallgruppe nicht. P verlangt von A_1 mit dem Listenpreis einen zulässigen Kaufpreis.

ee. Fallgruppe III¹⁷⁰⁾:

Die Skizzierung der einzelnen Fallgruppen hatte in einer Gegenüberstellung¹⁷¹⁾ schon ergeben, daß die Gruppe III Varianten der beiden ersten Fallgruppen enthält, - und zwar stellt sie, genauer besehen, eine Kombination der Fälle I und II dar. Die folgende Untersuchung wird das beweisen; die Ausführungen können sich deshalb aber auch zur Vermeidung von Wiederholungen darauf beschränken, die Parallelen lediglich aufzuzeigen.

Benachteiligt sind durch die diskriminierende Bevorzugung des A_1 diesmal zwei Abnehmer, nämlich A_2 und A_3 . Beide könnten an P Ansprüche stellen

169) Vgl. RGRK-HAAGER Vor § 823 Anm. 76 und die dort zit. Rspr., vgl. o. S. 108f.

170) Vgl. o. 3) a., S. 126, 128

171) Vgl. o. 3) a., S. 127f.

mit dem Ziel, eine Gleichbehandlung nachträglich (Schadensersatz) oder zumindest für die Zukunft (Unterlassung) zu erreichen.

(1) A_3 , der mit P zu den Bedingungen der Liste kontrahiert hat, ist nur durch die Bevorzugung des A_1 beeinträchtigt, da er sich im Vergleich zu diesem benachteiligt fühlt. Im Vergleich zu A_2 steht A_3 immer noch günstiger da, so daß er nur eine Gleichstellung mit A_1 verlangen könnte, zu dessen Gunsten P von seiner Liste abgewichen ist. Diese Lage entspricht aber genau der des A_1 in der Fallgruppe II. A_3 hat also dieselben Rechte, wie sie dort A_1 zustehen, d.h. somit keinen Anspruch auf die diskriminatorische Differenz als Mindestschaden, sondern nur in bestimmten Fällen den Anspruch auf Ersatz des konkret entgangenen Gewinns und u.U. einen Unterlassungsanspruch. Auf die vorstehenden Ausführungen (o. dd.) wird deshalb verwiesen.

(2) Für A_2 ist es - im Gegensatz zu A_3 - wirtschaftlich interessant, seine Lage sowohl mit der des A_1 wie des A_3 zu vergleichen, denn in jedem Falle ist er der Benachteiligte. Es ständen ihm danach jeweils unterschiedliche Rechte zu. Am weitesten geht sein Begehren auf Gleichbehandlung, wenn er von P Gleichstellung mit A_1 verlangt. Wie in den Fällen I und II bildet jedoch auch hier immer die Preisliste die Norm, an der die Geschäfte auszurichten sind. Aus diesem Grunde soll zunächst ein Vergleich mit A_3 , der zu dem Listenpreis kontrahiert hat, vorgenommen und die danach A_2 zustehenden Rechte ermittelt werden.

Es ist sofort deutlich, daß es sich insoweit um einen Fall der Gruppe I handelt. Auf die Erläuterung zu diesen Fällen (o. cc.) darf deshalb hin-

gewiesen werden. Aus den dort angeführten Gründen kann A_2 von P als Schadensersatz die diskriminatorische Differenz verlangen, die sich ergibt aus einem Vergleich des von ihm zu entrichtenden Preises mit dem Listenpreis (A_3). In dieser Höhe kann er die Zahlung des Kaufpreises verweigern. Das Recht, einen weitergehenden Schaden konkret nachzuweisen und ersetzt zu verlangen, besteht ebenfalls.

Ein darüber hinausgehender Anspruch des A_2 , mit A_1 gleichgestellt zu werden, bedeutet bereits wieder Gewährung der Meistbegünstigung. Dazu sind die Unternehmen auf Grund des Diskriminierungsverbotes jedoch nicht verpflichtet. Deshalb kann - wie bereits zu den Fällen der Gruppe II erläutert - eine über das Niveau der Preisliste hinausgehende Angleichung zwar nicht zugesprochen werden. Durch die Bevorzugung des A_1 bei A_2 verursachte und von diesem konkret nachgewiesene Gewinneinbußen sind jedoch von P als Schadensersatzleistung auszugleichen.

Ebenso ist ein Unterlassungsanspruch nur in dem Umfang und unter den Voraussetzungen gegeben, wie sie oben (dd.) zur II. Fallgruppe näher gekennzeichnet sind. A_2 kann also nur unter gewissen Bedingungen, die sich durchweg als eine Bindung des A_2 an P auszeichnen, von diesem lediglich die Unterlassung der Abweichung von seiner Preisliste verlangen, soweit diese zu einer Bevorzugung des A_1 oder in vergleichbarer Lage befindlicher Kunden führt.

ff. Fallgruppe IV¹⁷²⁾:

Auch in den Fällen, in denen der Produzent eine inhaltlich diskriminierende Liste anwendet, lassen

¹⁷²⁾ Vgl. o. 3) a., S.126,128

sich die jeweiligen Geschäfte nach dem Schema der Gruppen I und II unterscheiden. In der Liste sind bestimmte Grundgeschäfte angeführt, deren Bedingungen mit der Grundordnung der Gemeinschaft und ihren Zielen durchaus in Einklang stehen. Zu diesen Bedingungen kontrahiert jeweils A_1 . Im Vergleich zu diesen Geschäften enthält die Liste andere Geschäftstypen, die nach solchen Merkmalen als Kriterien für Preisunterschiede gekennzeichnet sind, "die vom Standpunkt der montanrechtlichen Marktordnung aus gesehen keinen Preisunterschied rechtfertigen"¹⁷³⁾. Die Verwendung dieser Unterscheidungsmerkmale ist deshalb diskriminierend. Wiederum können die Diskriminierungen zu einer Besserstellung oder zu einer Schlechterstellung des A_2 gegenüber A_1 führen.

(1) Die Schlechterstellung des A_2 ist in die Fallgruppe I (cc.) einzuordnen. A_2 hat als Benachteiligter die dort bestimmten Ansprüche, also auf Erstattung der diskriminatorischen Differenz bzw. auf Verweigerung des Kaufpreises in dieser Höhe, grundsätzlich nicht dagegen einen Unterlassungsanspruch (vgl. aber die oben genannten Ausnahmen).

(2) Die Bevorzugung des A_2 unterfällt der Gruppe II (dd.). A_1 ist (mittelbar) benachteiligt und kann u.U. Unterlassung der weiteren Anwendung der diskriminierenden Bedingungen verlangen. Einen Schadensersatzanspruch hat er nur in bestimmten Fällen bei konkretem Nachweis seines Schadens durch Gewinnrückgang.

(3) Folgerichtig ist es, in diesen Fällen nach den allgemeinen Grundsätzen auch einen Beseitigungsanspruch zu gewähren. Die Preisliste bildet

173) A. JERUSALEM, S.85.

mit ihrer diskriminierenden Unterscheidung der Geschäftstypen eine fortdauernde unmittelbare Gefahr weiterer Diskriminierungen durch P. Das Recht des jeweils bedrohten Käufers (A_1 oder A_2), von P Änderung der Liste durch Aufhebung der diskriminierenden Unterscheidungsmerkmale und der insoweit unzulässigen Preisdifferenzierungen zu verlangen, ist deshalb anzuerkennen.

Zu diesen Fällen der Gruppe IV ist auch zu bemerken, daß hier der Nachweis des Verschuldens auf seiten des Produzenten besondere Schwierigkeiten bereiten kann, da die in der veröffentlichten Preisliste enthaltenen diskriminierenden Bedingungen von der HB bei der Hinterlegung nicht beanstandet worden sind. Jedoch vermag dieser Umstand nicht von vornherein zu entlasten. Eine Entscheidung über das Verschulden und den Verschuldensgrad kann nur im Einzelfall getroffen werden.

Im übrigen darf es bei diesen kurzen Ausführungen bewenden, da sich keine neuen Gesichtspunkte ergeben. Gleichzeitig waren die abschließenden Überlegungen zu den Fällen der Gruppe IV geeignet, eine Zusammenfassung der Ansprüche zu geben; die den durch eine Diskriminierung benachteiligten Abnehmern zuzubilligen sind.

e. Ansprüche nach §§ 823 Abs.1, 826 BGB.

Eine schuldhaftة Rechtsverletzung i.S.d. § 823 Abs.1 BGB oder eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.d. § 826 BGB durch den Produzenten P berechtigt den Geschädigten immer, Schadensersatz und ggf. Unterlassung zu verlangen. Als verletztes Rechtsgut kann im vorliegenden Zusammenhang das Recht am Unternehmen in Betracht kommen.

Auf das Verhältnis zwischen Art.60 § 1 i.V.m. § 823 Abs.2 BGB und den §§ 823 Abs.1, 826 BGB ist im Zusammenhang mit dem Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken eingegangen¹⁷⁴⁾. Das Diskriminierungsverbot verlangt keine andere Betrachtungsweise, so daß auf die erwähnten Ausführungen verwiesen werden kann. Die Vorschriften sind also nur im Einzelfall und nur subsidiär anwendbar.

3. Abschnitt: Gemeinsame Grundsätze und Bestimmungen

Der tatbestandliche Unterschied der beiden Verbote des Art.60 § 1 machte es erforderlich, die einzelnen Voraussetzungen für zivilrechtliche Ansprüche wegen eines Verstoßes gegen die Vorschriften für jedes Verbot gesondert zu behandeln. Dort wo nach jenen Überlegungen zivilrechtliche Ansprüche gegeben sind, finden jedoch weitere bisher ausgeklammerte allgemeine Grundsätze und Bestimmungen des Deliktrechts auf beide Verbote in gleicher Weise Anwendung. Mit der Darstellung dieser gemeinsamen Grundsätze soll die Erörterung der einzelnen zivilrechtlichen Ansprüche abgeschlossen werden.

1) Die Rechtswidrigkeit der Verbotsverletzung

Eine Haftung nach § 823 Abs.2 BGB hat zur Voraussetzung, daß die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung rechtswidrig ist. Auf Grund besonderer Umstände aber kann die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sein, so daß in diesen Fällen auch die Haftung entfällt. Als Unrechtsausschließungsgründe bei Verstößen gegen Art.60 kommen insbe-

174) Vgl. o. 4.Kap. 1.Abschn. 2) c.

sondere in Betracht

- das in § 227 BGB grundsätzlich anerkannte Notwehrrecht (in erster Linie bei Verstößen gegen Art.60 § 1,1), -
- und da sich die Verstöße in der Regel in Verträgen manifestieren,
- die Einwilligung des Verletzten (in erster Linie bei Verstößen gegen Art.60 § 1,2) -.

a. Das Notwehrrecht

Unlautere Praktiken bzw. Diskriminierungen als rechtmäßige Abwehrmaßnahmen zuzulassen¹⁷⁵⁾, stößt jedoch infolge der besonderen gesetzgeberischen Zweckverfolgung im Wirtschaftsrecht auf erhebliche Bedenken¹⁷⁶⁾. Notwehr gegen einen unlauter handelnden Konkurrenten durch eigene unlautere Praktiken (z.B. durch weiteres Unterbieten der verbotenen Preissenkung des Konkurrenten) wahrt nicht etwa ausschließlich eigene Rechte zur Sicherung des bisherigen Bestandes, sondern verstößt ihrerseits in schwerwiegendem Maße gegen die Rechtsordnung (gegen Art.60 § 1,1 oder - in den meisten Fällen - gegen Art.60 § 1,2). Entscheidend gegen die Anerkennung der

175) Vergl. dazu das Urteil des GH Rs 16/61 Rspr. VIII S.585,612. Der GH scheint in diesem Urteil die Zulässigkeit der Abwehr als Rechtfertigungsgrund auch im Gemeinschaftsrecht nicht grundsätzlich auszuschließen. In dem entschiedenen Falle waren die Voraussetzungen für einen Rechtfertigungsgrund allerdings aus anderen Gründen zu verneinen.

176) LANG, S.286; BAYER, S.355: Das Problem der Abwehr im Wettbewerbsrecht kann hier nicht erschöpfend behandelt werden. Vgl. dazu B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II Einl.UWG Rdrrn. 235 ff; DROSTE, WuW 54,507 ff (mit weiteren Hinweisen, auch auf die umfangreiche Rspr. des RG); ERICHSEN, GRUR 58,425 ff.

verbotenen Praktik als Notwehr spricht der Umstand, daß die "Abwehrmaßnahme" nicht nur den in der Notwehrsituation als nicht schutzwürdig angesehenen Angreifer beeinträchtigt, sondern in ihren Folgen weiterwirkt. Die bereits eingetretene und mißbilligte Störung der Wirtschaftsordnung würde vertieft und im Ergebnis der ruinöse Preiskampf legitimiert. Eine verbotene Praktik auf dem Gebiet der Preise bliebe als "notwendige" Abwehrmaßnahme in ihrer Wirkung nicht ausschließlich auf den unlauter handelnden Konkurrenten beschränkt, sondern würde immer die Allgemeinheit in Mitleidenschaft ziehen, indem entweder das allgemeine Preisgefüge - und damit weitere Mitbewerber - gem. Art. 60 § 1,1 gestört werden, oder unbeteiligte Dritte (Kunden) gemäß Art.60 § 1,2 diskriminiert werden¹⁷⁷⁾. Nach Art. 60 § 1 verbotene Praktiken können deshalb nicht als Abwehr im Wettbewerb gerechtfertigt sein¹⁷⁸⁾.

177) Das veranlaßt auch ERICHSEN, a.a.O., S.427, solche "Abwehrmaßnahmen" nicht zuzulassen. Vgl. die ähnliche Begründung in dem Urteil des OLG Düsseldorf v. 9.Jan.1953, WuW 53, 237, das gleichfalls die Unzulässigkeit von Diskriminierungen und Boykott selbst als Abwehrmaßnahme ausspricht. (Das Urteil ist noch zum Dekartellierungsrecht VO Nr.78 ergangen.) SPENGLER, WuW 53,193 (205) ist dieser Begründung entgegengetreten, mit m.E. nicht überzeugender Argumentation.

178) Schließlich liegt das Hauptanwendungsgebiet des Abwehrrechts im Wettbewerb auf dem Gebiet der unwahren und Bezug nehmenden Werbung; vgl. DROSTE, a.a.O., S.519. Denkbar ist allerdings auch im Bereich der Montanindustrie ein Verstoß gegen Art.60 § 1,1 durch unwahre oder Bezug nehmende Werbung auf dem Gebiet der Preise. An Kunden oder die Öffentlichkeit verbreitete Preisangaben können irreführend sein, indem bspw. Qualitäts- oder Mengenunterschiede der angebotenen Waren nicht kenntlich gemacht werden. Diese Fälle entsprächen den in der Literatur zum

Der Angegriffene hat sich mit gerichtlicher Hilfe (mit den hier behandelten privatrechtlichen Ansprüchen) oder durch Einschaltung der HB (Art.64) zur Wehr zu setzen.

b. Die Einwilligung des Verletzten¹⁷⁹⁾

Nach dem römisch-rechtlichen Grundsatz "volenti non fit iniuria" ist die Rechtswidrigkeit der unerlaubten Handlung auch dann ausgeschlossen, wenn der Verletzte in den schädigenden Eingriff wirksam eingewilligt hat. Soweit der Verletzte über das vom Gesetz geschützte Rechtsgut frei disponieren kann, respektiert die Rechtsordnung seinen Willen und seine Entscheidung darüber, ob er deren Schutz in Anspruch nehmen will oder nicht. Wo nicht, da sieht die Rechtsordnung auch keinen Rechtsbruch. Diese anerkannte Entscheidungsfreiheit des Verletzten hat jedoch dort ihre Grenze, wo der Schutzzweck des Gesetzes über die Individualsphäre des Verletzten hinausgreift und weitergehenden Interessen, etwa einer

Abwehrrecht behandelten. Ein Abwehrrecht zu Gegenmaßnahmen, die eine Bezug nehmende Richtigstellung oder eine Bezug nehmende Aufklärung oder Warnung des Publikums brächten, wären nicht als Verstoß gegen Art.60 § 1,1 anzusehen. Es dürfte sich dabei im übrigen jedoch im Rahmen des Art.60 § 1,1 um atypische Fälle handeln. Außerhalb des Bereichs der Werbung (Boycott, Geheimnisverrat, Abwerbung) werden von DROSTE, a.a.O., S. 515 ff. (519), Abwehrmaßnahmen mit den gleichen unlauteren Mitteln entweder gar nicht oder nur stark eingeschränkt als zulässig angesehen.

179) Vgl. dazu ZITELMANN, AcP 99,1 (47 ff.); FISCHER, Die Rechtswidrigkeit mit bes. Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911; NIPPERDEY, Karlsruher Forum 1959, S.3 ff; LARENZ § 66 I e; NAGLER, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, in Festgabe f. R.v. Frank 1930, Bd.I S.339 ff; O. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, i.bes.die Einwilligung des Verletzten, Basel 1935.

bestimmten Personengruppe oder einem übergeordneten Allgemeininteresse dient. Über diesen umfassenderen Rechtsschutz kann der Einzelne keine Entscheidung treffen. Die Rechtswidrigkeit aber ist, da sie als Unwerturteil der Rechtsordnung über eine bestimmte Handlung¹⁸⁰⁾ stets aus objektiver Sicht festzustellen ist, unteilbar; deshalb hat in jenen Fällen auch das Einverständnis des Verletzten mit einem Eingriff in seinen Rechtskreis nicht die die Rechtswidrigkeit ausschließende Kraft. Denn selbst bei Berücksichtigung des Willens des Verletzten bleibt doch immer der Unwertgehalt der Handlung bestehen, soweit sie auch die geschützten Fremdinteressen verletzt.

Bei Verstößen gegen das Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken dürfte die Einwilligung als Rechtsfertigungsgrund ohnehin ausscheiden, da Schädiger und Geschützter, die ja zueinander im Wettbewerbsverhältnis stehen, in der Regel dabei gar nicht in Beziehung stehen. Zu erörtern ist aber die rechtfertigende Kraft der Einwilligung bei Verletzungen des Diskriminierungsverbotes, da hier der beeinträchtigte Käufer durch seine Einigung mit dem Produzenten an dem Zustandekommen des diskriminierenden Vertrages mitgewirkt hat. Soweit er den diskriminierenden Charakter des Vertrages erkennt, ist die Einwilligung als Bestandteil seiner rechtsgeschäftlichen Einigungserklärung anzusehen. Das gilt allerdings nur in den Fällen, in denen der Käufer durch die Diskriminierung unmittelbar benachteiligt ist (Fallgruppe I). Wo die Benachteiligung mittelbar durch Besserstellung eines anderen

¹⁸⁰⁾ NIPPERDEY, Forum, S.3

Käufers bewirkt wird (Fallgruppe II), fehlt die Einwilligung des Verletzten überhaupt.

Die schädigende Auswirkung der Diskriminierung und damit ihr Unwertgehalt erschöpfen sich jedoch keineswegs in der Beeinträchtigung des diskriminierten Käufers. Die Handlung verstößt in Art.60 gegen eine Bestimmung des Vertrages, deren politische - weil integrationsfördernde - und gesamtwirtschaftliche Bedeutung bereits hervorgehoben und eingehend erörtert worden ist¹⁸¹⁾. Der Schutzzweck der Vorschrift geht über den Individualrechtsschutz hinaus. Im Sinne des Art.60 tatbestandmäßige Handlungen stehen mit den Vertragszielen und -grundsätzen der Artikel 2-4 in Widerspruch. Soll der Verletzte über seine Individualrechtssphäre auch frei bestimmen können, - volkswirtschaftliche und politische Grundentscheidungen des Gemeinschaftsrechts, auf Grund derer die Preisdiskriminierung verboten und mit den Sanktionen des Art.64 bedroht ist, vermag er nicht außer Kraft zu setzen. Bleibt also die Diskriminierung im Lichte der Europäischen Gemeinschaft stets rechtswidrig, so vermag die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit auch im Rahmen des § 823 Abs.2 BGB nicht auszuschließen. Die Rechtsordnung bildet eine Einheit¹⁸²⁾. Wo sie eine Handlung mit ihrem Unwerturteil belastet, ist diese Handlung schlechthin rechtswidrig¹⁸³⁾. Dieser Rechtswidrigkeitszusammenhang gilt insbesondere

181) Vgl. o. 2.Kap. 2.Abschn.

182) NIPPERDEY, Forum, S.3 unter Berufung auf ENGISCH, ibid.; ebenso FISCHER, S. 155 ff

183) NIPPERDEY, a.a.O.; ZITELMANN, S.56, bes. S. 69/70.

für § 823 Abs.2 BGB, denn hier ist der Tatbestand der zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung nach der das Unwerturteil fällenden Teilrechtsordnung zu bestimmen. "Nicht der Begriff der Rechtswidrigkeit, sondern nur die Rechtsfolge, die sich an das rechtswidrige Verhalten knüpft, kann von jedem Rechtsgebiet für sich festgelegt werden"¹⁸⁴⁾. Das kann in diesen Fällen, in denen der geschädigte Käufer mit dem Produzenten den diskriminierenden Vertrag schließt, geschehen über § 254 BGB¹⁸⁵⁾. Über das Mitverschulden des Geschädigten ist eine gesonderte Untersuchung anzustellen.

2) Das Mitverschulden des Geschädigten

In den Fällen der Diskriminierung durch unmittelbare Benachteiligung des Käufers (Fallgruppe I¹⁸⁶⁾ und deren Abwandlungen) ist im Einzelfall abzuwägen, ob den geschädigten Käufer nicht ein Mitverschulden trifft, das bei Feststellung der Schadensersatzpflicht des P gemäß § 254 BGB zu berücksichtigen wäre. Die Diskriminierung ist auf einen Vertrag zurückzuführen, an dessen Zustandekommen der Käufer durch seine entsprechende Einigungserklärung mitgewirkt hat. Diese Erklärung gibt der Käufer ja nur ab, wenn ihm der Inhalt des Vertrages bekannt und er mit dessen

184) NIPPERDEY, a.a.O.; ebenso ZITELMANN, S.11 ff.

185) Vgl. BGH 7,198 (208).

186) Vgl. o. 2.Abschn. 3) a.

Inhalt, also einschließlich der diskriminierenden Bedingungen, einverstanden ist. In dieser notwendigen Mitwirkung des Käufers durch seine Willenserklärung kann ein Mitverschulden zu sehen sein. Feststellung und Anrechnung des Mitverschuldens des Geschädigten können letztlich immer nur das Ergebnis der richterlichen Prüfung im Einzelfalle sein. Deshalb können hier nur einige grob schematische Hinweise gegeben werden.

Auszugehen ist immer von Art. 60 ECKSV, dessen Verbot die Montanunternehmen, also die Produzenten, unterworfen sind. In erster Linie sind sie es also, die Diskriminierungen zu unterlassen haben. Die Käufer werden durch das Verbot geschützt. Grundsätzlich können sie davon ausgehen und sich darauf verlassen, daß die Produzenten das Diskriminierungsverbot befolgen und sich vertragsgemäß verhalten. Zur eigenen Überprüfung, ob sie nicht etwa diskriminiert und nach dem Vertrag verbotene Praktiken begangen werden, sind sie - auch nach Treu und Glauben - nicht verpflichtet. Zur Wahrung der eigenen wirtschaftlichen Interessen wird sich der ordentliche Kaufmann in der Regel zwar über den Markt informieren, wird auch versuchen, über die Merkmale vergleichbarer Geschäfte und die Preise Kenntnis zu erlangen. Dies geschieht aber nicht darum, Diskriminierungen zu vermeiden, sondern allgemein mit dem Ziel einer möglichst erfolgreichen Geschäftsführung. Deshalb trifft ihn noch kein Mitverschulden am Zustandekommen gerade dieser Diskriminierung und an dem daraus resultierenden Schaden, wenn der Käufer im Einzelfalle einmal nicht im Bilde ist und eine Diskriminierung durch seinen Vertragspartner übersieht. Mit der allge-

meinen Sorgfaltspflicht des Käufers, zu der auch ein normales Maß an Information zu zählen sein dürfte, obliegt es ihm nicht schon, besonders auch die nach Art.60 verbotenen Diskriminierungen zu vermeiden. Er müßte dazu auch wissen, zu welchen Bedingungen in vergleichbarer Lage befindliche Konkurrenten abgeschlossen haben. Zu den einzelnen Vertragsbedingungen eines bestimmten fremden Geschäftes hat er jedoch im Normalfall keinen Zugang. Die Verletzung einer nicht bestehenden bzw. nicht zu erfüllenden Pflicht kann ihm bei der Berechnung seines Schadensersatzanspruches folglich nicht angelastet werden.

Aber auch da, wo in der Mehrzahl der Fälle dem Käufer die Listenbedingungen des Produzenten bekannt gewesen sein dürften, - sei es, daß sie ihm zum Abschluß dieses Vertrages oder früher schon einmal zugesandt waren, oder weil schon mal zu Listenbedingungen kontrahiert worden war - setzt sich der Käufer nicht von vornherein dem Vorwurf des Mitverschuldens aus. Von ihm ist weder die Kenntnis noch die entsprechende Prüfung zu verlangen, ob den Bedingungen der Liste diskriminierende Merkmale zugrunde lagen. Er hat sich auch nicht selbst Gewißheit darüber zu verschaffen, ob ein Geschäft nicht in die Geschäftstypen der Liste eingeordnet werden kann, wenn die konkret vereinbarten Bedingungen von den generellen der Liste abweichen. Die nicht-diskriminierende Einteilung und Kennzeichnung der Geschäfte nach ihren Merkmalen, die Beurteilung ihrer Vergleichbarkeit obliegt auf Grund ihrer besonderen Verpflichtungen nach dem EGKSV und ihrer besonderen Sachkenntnis in erster Linie den Montanunternehmen. Die Vergleichbarkeit der Geschäfte und somit dis-

kriminierende Bedingungen als solche zu erkennen, ist für die Käufer ungleich schwieriger. Nur dort, wo auf Grund besonderer Umstände dem geschädigten Käufer die Diskriminierung als unmittelbare Benachteiligung bekannt oder erkennbar war, ist ein Mitverschulden anzurechnen. Bei der Abwägung im Einzelfall wird immer noch zu berücksichtigen sein, daß meistens der Schaden vorwiegend vom diskriminierenden Produzenten verursacht worden ist, weil er besonderen gemeinschaftsrechtlichen Pflichten unterliegt und die diskriminierenden Bedingungen entgegen dem Verbot zu seinem Vorteil ausbedungen und in den Vertrag aufgenommen hat.

3) Das Auskunftsrecht des Geschädigten

Als Hilfsanspruch des Schadensersatzanspruchs ist dem Geschädigten der Anspruch auf Auskunftserteilung zuzusprechen. Nach der Entscheidung des RG vom 4.5.1923¹⁸⁷⁾ ist der Anspruch in Rechtsprechung¹⁸⁸⁾ und Lehre¹⁸⁹⁾ anerkannt. Er beruht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), kann aber auch unmittelbar zum Wiederherstellungsanspruch gehören¹⁹⁰⁾. Der Schädiger hat über solche Umstände Auskunft zu erteilen, die zur Vorbereitung des Schadensersatzanspruchs erforderlich sind, und über die sich der Geschädigte nur durch die Mitwirkung des Schädigers Kenntnis verschaffen kann. Dazu gehören auch Unterlagen, die die Nachprüfung der Richtigkeit der vom Schädiger

187) RG 108,1 (7)

188) Vgl. ferner RG 127,243 (244); 148,364 (373 f)

189) SOERGEL-SIEBERT-SCHRÄDER § 823 Rdnr.142; ERMANN -DREES, § 823 Anm.13 a); FRANKF.KOMM. § 35 Tz 109,110; B.-HEFERMEHL, 9.Aufl., II Einl.UWG Rdnrn.272 ff; KAHRS, S.189.

190) Vgl. RG 148,374 f.

gemachten Angaben ermöglichen¹⁹¹⁾, so daß auch Rechnungslegung¹⁹²⁾ verlangt werden kann. Danach kann der diskriminierende Produzent z.B. verpflichtet werden, Auskunft über die Qualitäten seiner Erzeugnisse oder über die Bedingungen anderer mit Wettbewerbern des Klägers abgeschlossener Geschäfte zu erteilen, damit die Vergleichbarkeit des diskriminierenden Geschäftes mit anderen Geschäften des Beklagten festgestellt werden kann. Obwohl eine solche Auskunft gerade erst dazu dienen dürfte festzustellen, ob eine verbotene Diskriminierung vorliegt¹⁹³⁾, ist auch dieser Auskunftsanspruch zulässig. Denn in den Diskriminierungsfällen sind die tatsächlichen Umstände häufig so gelagert, daß erst durch diese Auskunft über andere vergleichbare Geschäfte "die Rechtsverfolgung (des Diskriminierten) erst ermöglicht oder wesentlich erleichtert" wird¹⁹⁴⁾. Die Diskriminierungsfälle sind "Rechtsverhältnisse, die ihrem Wesen nach den Berechtigten über **B e - s t e h e n** und Umfang seines Rechtes entschuldbar im Ungewissen lassen"¹⁹⁴⁾.

Seine Grenze findet das Auskunftsrecht ebenfalls nach § 242 BGB in der Zumutbarkeit der Auskunftserteilung für den Verpflichteten und in dem Beginn einer mißbräuchlichen Ausfragung durch den Berechtigten.

4) Der Ersatzverpflichtete

Es ist zu entscheiden, ob zum Schadensersatz die handelnde natürliche Person oder die juristische

191) RG 127,244.

192) BGHZ 10,385 (387).

193) Vgl. KAHRS, S.189.

194) RG 108,7

Person (d.i. in der Regel eine Handelsgesellschaft), für die gehandelt wird, verpflichtet ist, aber ob vielleicht beide gesamtschuldnerisch (§ 840 BGB) als Verpflichtete in Betracht kommen.

a. Der Einzelkaufmann, der ein nach Art.60 verpflichtetes Unternehmen im Sinne des Art.80 führt, haftet selbst unmittelbar nach § 823 Abs.2 BGB, wenn er das diskriminierende Geschäft selbst abschließt.

Handelt er nicht selbst, so kann er für seinen Vertreter nur nach § 831 BGB haften. Gegen die Anwendung des § 831 BGB bestehen jedoch, wie die folgenden Überlegungen zeigen werden, Bedenken.

b. Meistens werden die Unternehmen im Sinne des Art.80 in Form von Handelsgesellschaften, sei es von Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, von Offenen Handels- oder Kommanditgesellschaften betrieben. Schließen deren Organe - in der Regel also der Vorstand oder bei den Personengesellschaften ein oder mehrere Geschäftsführende und vertretungsbefugte Gesellschafter - den diskriminierenden Vertrag, so verstößt die Gesellschaft selbst gegen Art.60 und damit gegen das Schutzgesetz. Das Handeln der Organe ist gemäß § 31 BGB das Handeln der juristischen Person¹⁹⁵⁾. Die Personengesellschaften sind insoweit den juristischen Personen gleichgestellt¹⁹⁶⁾. Die Gesellschaft haftet damit nach § 31, § 823 Abs.2 BGB selbst unmittelbar, genauso wie eine natürliche Person haften würde, denn gerade ihr als dem nach Art.60 verpflichteten Unternehmen sind unlautere und diskriminierende Praktiken

195) ERMAN -WESTERMANN, § 31 Anm. 1; SOERGEL-SIEBERT § 31 Rdnr.1; STAUDINGER-COING, § 31 Rdnr.1.

196) H.M., statt aller STAUDINGER-COING, § 31 Rdnr.4.

verboten. Es genügt für die Haftung der juristischen Person, daß nur sie (nicht auch das Organ) den Haftungstatbestand erfüllt hat¹⁹⁷⁾.

c. Die Handelsgesellschaft haftet also für eigenes (zwar durch ein Organ erfolgtes) schuldhaftes Verhalten, nämlich die Schutzgesetzverletzung. Nicht dagegen ist die Haftung der Gesellschaft eine Haftung für fremdes Handeln und Verschulden. Ein fremdes rechtswidriges und schuldhaftes Handeln, nämlich der Organe - oder - im Falle des Einzelkaufmanns - des Verrichtungsgehilfen, liegt im Gemeinschaftsrecht auch gar nicht vor. Gegen das Schutzgesetz (Art.60) können nur die Unternehmen verstoßen, nicht aber Einzelpersonen, auch nicht die Angestellten in den Unternehmen. Diese können deshalb auch nicht selbst nach § 823 Abs.2 BGB haften¹⁹⁸⁾. Aus diesem Grunde ist für die Anwendung des § 831 BGB und insofern auch des § 840 BGB kein Raum. Ebenso verliert § 830 BGB als Regelung der Teilnahme (vor allem Mittäterschaft und Anstiftung) an Bedeutung.

Daraus folgt aber auch, daß die Gesellschaft dann nicht haftet, wenn weder ein Organ noch ein sonst verfassungsmäßig berufener Vertreter tätig geworden ist, ebensowenig wie der Einzelkaufmann haftet, wenn er nicht selbst den gegen Art.60 verstoßenden Vertrag geschlossen hat. In diesen Fällen kann der Käufer keinen Schadensersatz erlangen. Es ist

197) ERMAN -WESTERMANN, § 31 Anm. 4.

198) Ebenso für § 35 i.V.m. § 26 Abs.2 GWB FRANKF. KOMM. § 35 Rdnr.79. Die strafrechtlichen Sanktionen (Art.64) richten sich ebenfalls nur gegen die Unternehmen. Vgl. GH RS 8/56 Rspr. III 193 ff, Rs 1/59 Rspr. V 431 ff, Rs 16/61 Rspr. VIII 565 ff. Anders die Regelung im GWB, vgl. §§ 40-42. Vgl. aber auch die Entsch. des BGH BGHSt 12,295 (297) zur strafrechtlichen Haftung der Handelsgesellschaften für Handlungen ihrer Organe, die gegen Vorschriften des Wirtschaftsrechts verstoßen.

nicht zu erkennen, daß mit dieser Einschränkung dem geschädigten Käufer in vielen Fällen die Rechtsverfolgung schließlich doch abgeschnitten ist. Abgesehen von den Fällen, in denen - wie wohl die Regel - die Kaufverträge mindestens von einem Mitglied des Vorstands, dem kaufmännischen Direktor, mit unterzeichnet werden, bieten sich nur zwei Hilfskonstruktionen:

- Es kann im Einzelfall nachgewiesen werden, daß die Gesellschaft der Vorwurf des Organisationsmangels trifft, d.h. daß sie im konkreten Fall durch einen verfassungsmäßig bestellten Vertreter oder durch ihren Vorstand selbst hätte tätig werden müssen. Dann hat wiederum die Gesellschaft selbst fehlerhaft gehandelt; -
- der (nicht verfassungsmäßig bestellte) Vertreter der Gesellschaft oder des Einzelkaufmanns (etwa der Prokurist oder der Handlungsbevollmächtigte) ist im konkreten Fall als Werkzeug des Vorstands bzw. des Inhabers anzusehen, er hat als Werkzeug die verbotene Praktik begangen. Das wird sich nicht selten annehmen lassen, denn die Preispolitik der Unternehmen wird von der Unternehmensleitung bestimmt. Verbotene Praktiken auf dem Gebiet der Preise dürften deshalb - wenn nicht von der Unternehmensleitung unmittelbar - so doch zumindest auf deren (generelle oder konkrete) Weisung hin von dem betreffenden Substituten begangen worden sein. Die Handlung wäre dann dem Vorstand der Gesellschaft oder dem Einzelkaufmann als mittelbarem Täter zuzurechnen und vorzuwerfen¹⁹⁹⁾.

199) Mann kann auch eine deliktische Unterlassung der Gesellschaft (ihres Vorstands) durch mangelnde Aufsicht annehmen. Den Vorstand trifft die Pflicht, Delikte zu verhindern. Vgl. RAAPE JW 32,594 in einer Anm. zu dem

Immer muß also die Klage auf Schadensersatz allein gegen die Handelsgesellschaft und bei einem Einzelkaufmann gegen diesen erhoben werden.

5) Die Verjährung

Für die Verjährung aller erwähnten Ansprüche gilt, da es sich um deliktische Ansprüche handelt, die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 BGB.

5. K A P I T E L

=====

Internationalprivatrechtliche Überlegungen

Im Gemeinsamen Markt, der das Wirtschafts- und Rechtsgebiet der sechs Mitgliedstaaten umfaßt, sind Rechtsverhältnisse mit Auslandsberührung - zu nicht geringem Teil auch wohl echte internationale Sachverhalte im Sinne STEINDORFFs¹⁾ - verhältnismäßig häufig. Die Integration der Märkte bringt es mit sich, daß immer mehr Kaufverträge über die Grenzen hinweg geschlossen werden. Diese internationale Verflechtung der Rechtsbeziehungen bleibt nicht ohne Rückwirkung auf die hier erörterten Schadensersatzansprüche. Die Arbeit soll daher ihren Abschluß finden, indem noch einige Überlegungen darüber angestellt werden, wie die besprochenen Schadensersatzfälle internationalprivatrechtlich behandelt werden sollen.

Urteil des RG vom 31.3.1931 aaO. Vgl. ferner §§ 40, 41 GWB.

1) STEINDORFF, Sachnormen, S.22 ff, 128 ff, 153 ff.

Die verbotenen Praktiken sind - privatrechtlich beurteilt - unerlaubte Handlungen wegen der Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift. Entscheidend für die Anknüpfung ist deshalb das Deliktstatut. Dieses wird kollisionsrechtlich in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten²⁾ - in der BRD Art.12 EGBGB - nach dem Begehungsort bestimmt. Das in allen Staaten als Gesetz zu beachtende Gemeinschaftsrecht bringt jedoch im Vergleich mit den üblichen Fällen des Internationalen Privatrechts eine Besonderheit. Die kollisionsrechtliche Betrachtung und die Qualifikation haben eine Stufe später als sonst einzusetzen. Der normative Tatbestand der unerlaubten Handlung, nämlich die Verletzung einer Rechtsnorm durch die unlautere oder diskriminierende Praktik ist in allen Staaten einheitlich nach dem Gemeinschaftsrecht (Art.60) festzustellen und zu werten. Erst die Bestimmung der konkreten Rechtsfolge ist ein kollisionsrechtliches und Qualifikationsproblem. Dazu gehört allerdings auch schon die Qualifikation, ob mit der verbotenen Praktik ein Schutzgesetz im Sinne des jeweiligen einzelstaatlichen nationalen Rechts verletzt ist. Diese Frage ist - wie sich gezeigt hat³⁾ - vor allem für das italienische Recht von besonderer (einschränkender) Bedeutung.

Als Begehungsort kann entweder an den Handlungsort oder an den Erfolgsort oder an beide (Mehrfachanknüpfung) angeknüpft werden⁴⁾. Das Problem

2) RAAPE, S. 571, WIRNER, S. 94.

3) Vgl. o. 3.Kap. 2.Abschn. 1) c, 3) d.

4) RAAPE, S.576 ff; WIRNER, S.94 ff, 106 ff; STEINDORFF, S.154 ff.

ist nach wie vor umstritten. Für eine engültige eigene Stellungnahme ist an dieser Stelle kein Raum. Es handelt sich um eine Fragestellung des allgemeinen Internationalen Privatrechts. Für die hier erörterten Fälle der nach Art. 60 verbotenen Praktiken soll abschließend nur eine Abwägung der wichtigsten Gesichtspunkte für die eine oder die andere Lösung vorgenommen werden.

a. Erfolgsort dürfte in der Regel der Sitz des Klägers sein. Für die Anknüpfung an den Erfolgsort spricht gerade im Wettbewerbsrecht, daß durch das Verbot der Geschädigte in seiner wirtschaftlichen Chancengleichheit am Markt geschützt werden soll. Durch den Verstoß wird er benachteiligt, sein Absatzmarkt⁵⁾ - oder bei einer weiträumigeren Betrachtung der Absatzmarkt der Ware des Verkäufers in dem Gebiet des benachteiligten Klägers - wird gestört. Der Kläger hat ferner ein Interesse daran, in seiner Rechtsverfolgung den gleichen Rechtsschutz zu genießen wie seine Konkurrenten, die Inlandsverträge schließen, oder wie er selbst bei Inlandsbeziehungen. Diese Argumente werden zunächst einmal dadurch entkräftet, daß es auf den Ort des Schadenseintritts schlechterdings gar nicht ankommt⁶⁾. Der Absatzmarkt gibt für die Anknüpfung auch kein brauchbares Kriterium, weil in der EGKS ein Gemeinsamer Markt für alle Mitgliedstaaten errichtet worden ist. In Bezug auf den Markt gibt es innerhalb der Gemeinschaft

5) Vgl. WENGLER, RabZ 54, 401 ff, 409.

6) RG 140, 25 (29); RAAPE, S. 576. Er spielt allerdings für die Anknüpfung nach amerikanischem Recht eine Rolle.

kein Ausland mehr. Das besondere Rechtsschutzinteresse des Klägers, nach dem Recht seines Heimatstaates behandelt zu werden, kann schließlich auch der Beklagte für sich in Anspruch nehmen.

b. Handlungsort wird in der Regel der Sitz des Beklagten sein. Die verbotenen Praktiken auf dem Gebiet der Preise gehen immer unmittelbar vom Unternehmen aus; vorübergehende oder nur örtliche Preissenkungen, die Listenbedingungen werden hier beschlossen, und die unzulässigen Verkäufe werden im Normalfall am Sitz des Unternehmens abgeschlossen. Damit erfolgt hier die Gesetzesverletzung. Auf die (rechtswidrige) Handlung aber stellt das Deliktrecht ab. Das ist der wesentliche Gesichtspunkt für die Anknüpfung an den Handlungsort⁷⁾. Für diese Entscheidung spricht, daß der Produzent, der dem Verbot des Art. 60 unterliegt und Verträge schließt, die Folgen seines Handelns möglichst genau muß absehen können. Die Kenntnis und spätere Anwendung des eigenen Rechts ist hierfür eine bessere Gewähr als die ausländischen Rechts. Schließlich hat man bei Anknüpfung an den Handlungsort in den meisten Fällen auch die Verknüpfung mit dem Vertragsstatut, mit dem Sitz und Gerichtsstand des Beklagten (§§ 32, 12, 13, 17, 21 ZPO) und damit mit der lex fori. Das verspricht eine einheitlichere und sicherere Rechtsanwendung.

Diesen Überlegungen folgend sollte man entweder ausschließlich an den Handlungsort anknüpfen, oder bei Mehrfachanknüpfung sich für den Handlungsort als Schwerpunkt der unerlaubten Handlung entscheiden. Dieses Ergebnis führte in der Regel auch zur materiellrechtlichen Anwendung der lex fori.

7) RAAPE, S. 576 ff.

ERGEBNIS UND AUSBLICK

=====

Thesen:

- Art.60 EGKSV zählt systematisch und inhaltlich zu den Vorschriften des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, das im V. und VI. Kapitel des 3. Titels des Vertrages normiert ist. Das Wettbewerbsrecht ist gekennzeichnet durch ein System von Geboten und Verboten, das durch Androhung öffentlich-rechtlicher Sanktionen gesichert ist. Zivilrechtliche Sanktionen enthält der Vertrag nicht. -
- Das Gemeinschaftsrecht ist öffentliches Recht. -
- Die Entscheidung des BGH vom 14. April 1959, nach der dem in Art.4 lit.b und Art.60 EGKSV enthaltenen Diskriminierungsverbot bürgerlich-rechtliche Wirkungen nicht beizulegen sind, geht von einer unzutreffenden Auslegung des Vertrages aus. -
- In der organisierten und kontrollierten Marktwirtschaft der Gemeinschaft ist die Marktform des Wettbewerbs anerkannt. Der Wettbewerb ist nicht Vertragsziel, sondern nur Mittel zur Erreichung der Vertragsziele. -
- Das Verbot des unlauteren Wettbewerbs dient der Lauterkeit und durch den besonderen Monopolschutz der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs. Das Diskriminierungsverbot dient der Sicherung des geltenden Gleichheitssatzes. Daraus ergibt sich auch der Schutz Einzelner durch beide Verbote. Das Verbot des unlauteren Wettbewerbs schützt die Mitbewerber, das Diskriminierungsverbot schützt die Käufer des nach Art.60 verpflichteten Unternehmens. -

- Zivile Rechtsfolgen sind durch Rückgriff auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten zu bestimmen. Die Rechtsordnungen sämtlicher Mitgliedstaaten kennen zivile Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht sowohl im engeren wie im weiteren Sinne. Daraus ergeben sich anerkannte Rechtsgrundsätze auch für das Gemeinschaftsrecht.
- Unlautere und diskriminierende Rechtsgeschäfte sind nicht nichtig. -
- Das Diskriminierungsverbot normiert keinen Kontrahierungszwang. -
- §§ 1 UWG, 35 GWB sind nicht anwendbar. -
- Ein Verstoß gegen eines der Verbote begründet eine Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs.2 BGB. An den Nachweis des Schadens sind strenge Anforderungen zu stellen. Unter gewissen Voraussetzungen besteht ein Unterlassungs- und ein Schadensersatzanspruch. -
- Bei dem Diskriminierungsverbot sind zwei Grundfälle von Diskriminierungen zu unterscheiden, nämlich die unmittelbare Benachteiligung des Käufers und die Bevorzugung eines Käufers mit der dadurch bewirkten mittelbaren Benachteiligung des anderen Käufers. Die Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche sind in beiden Fällen verschieden. Maßstab für die Schadensersatzansprüche bildet immer die Preisliste des Produzenten. Nur bei einer unmittelbaren Schlechterstellung als zu den Listenbedingungen kann der diskriminierte Käufer die diskriminatorische Differenz als Mindestschaden verlangen. Darüberhinaus und in allen übrigen Fällen ist konkrete Schadensberechnung erforderlich. Das Diskriminierungsverbot normiert kein Meistbegünstigungsprinzip. -

- Die Rechtswidrigkeit der Verbotsverletzung kann weder durch Abwehr noch durch Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen sein . -
- Ein Mitverschulden des Geschädigten ist auch bei Vertragsschluß nur selten anzunehmen und auch dann nicht immer anzurechnen. -
- Ersatzverpflichtete sind allein die dem Verbot des Art.60 unterliegenden Unternehmen, auch nicht ihre Substituten. -
- Bei kollisionsrechtlichen Fragen entscheidet das Deliktstatut. Es ist an den Handlungsort anzuknüpfen. -

Ausblick:

Die Ausführungen sollten beweisen, daß zivilrechtliche Ansprüche bei einem Verstoß gegen das Recht des EGKSV sehr wohl nach nationalem Recht gegeben sein können. Dabei hat sich herausgestellt, daß Grund und Umfang der Ansprüche durchaus beschränkt sind, und daß ihre Durchsetzung Schwierigkeiten bereitet. Das aber mußte die Untersuchung erst ergeben. Methodisch falsch ist es, schon wegen der verhältnismäßig geringen Bedeutung der zivilen Rechtsfolgen oder wegen der Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Ansprüche sowohl für die Geschädigten als auch für die zur Entscheidung berufenen Gerichte die Begründetheit ziviler Rechtsfolgen nach Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht überhaupt zu verneinen, wie das in der Literatur verschiedentlich geschieht.

Bei der Lösung des selbst in den nationalen Rechtsordnungen schwierigen und umstrittenen Problems der Schadensersatzansprüche nach einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot hat sich gezeigt,

daß das Preislistensystem des Art.60 auch insoweit eine Erleichterung und eine im Vergleich mit den nationalen Diskriminierungsverboten größere Rechtssicherheit bedeutet. Der Tatbestand der Diskriminierung und der Umfang des Schadensersatzanspruchs sind stets an der Preisliste zu messen. Es ist dies nicht der Ort, über die Zweckmäßigkeit dieses Systems zu handeln. Die noch unentschiedene Frage zählt zu den umstrittensten, die durch die beabsichtigte Verschmelzung und die damit erforderlich werdende Revision der europäischen Verträge aufgeworfen werden. Man neigt dazu, das allgemeine Diskriminierungsverbot und den Preislistenzwang nach Art.60 wegen der beiden zugeschriebenen Wettbewerbsfeindlichkeit in den zukünftigen neuen Vertrag nicht aufzunehmen. Gerade auch die Bundesregierung vertritt den ablehnenden Standpunkt. Diese Bestrebungen scheinen jedoch mehr einem reinen Systemdenken als wirtschaftlicher Notwendigkeit zu folgen. Denn die Marktentwicklung in der Montanindustrie dürfte beweisen, daß auch die Regelung des Art. 60 EGKSV sich keineswegs preiserstarrend und wettbewerbsfeindlich auswirkt. Der Markt steht im Gegenteil seit langem unter einem ständig anhaltenden Preisdruck. Dieser ist sowohl auf die Konkurrenz der unter verschiedenen Bedingungen stehenden Industriegebiete innerhalb der Gemeinschaft als auch besonders auf Einflüsse aus Drittländern zurückzuführen. Diese noch weiterhin zunehmenden Einflüsse müssen doch auch in Zukunft die gebührende Berücksichtigung finden. Davon abgesehen ermöglicht das Preislistensystem eine zu begrüßende Publizität und Kontrolle der Preispolitik eines obligopolistischen Marktes, der ohne dieses System erfahrungsgemäß - schon aus Tradi-

tion - wieder zu den früheren versteckten und unkontrollierbaren Praktiken verbotener Absprachen und gleichförmigen Verhaltens zurückkehren würde.

Wie auch immer diese wirtschaftspolitische Frage entschieden werden wird, auch für die Schadensersatzansprüche bildet das Preislistensystem zwar einen Vorteil, es ist jedoch nicht für sie unentbehrliche Voraussetzung. Ohne den Preislistenzwang erschwert sich allerdings weiterhin die Prozeßführung. Tatbestand der Diskriminierung und Umfang des Schadensersatzanspruches sind schwieriger zu ermitteln. Daß dies jedoch nicht unmöglich ist, beweisen die außerordentlich gründlichen Ausführungen KAHRS'. Mit ihm läßt sich abschließend sagen, daß die hier gefundene Lösung im Prinzip, bei entsprechender Abwandlung und Anpassung, schon heute auch für Art.86 EWGV und in Zukunft ebenso für das noch zu normierende Diskriminierungsverbot des neuen gemeinsamen Vertrages, sei es nun mit einem Preislistenzwang verbunden oder nicht, Geltung beanspruchen kann.

Lebenslauf

Am 28. August 1937 wurde ich in Dortmund geboren. Ich bin Deutscher. Meine Eltern sind der Diplomingenieur Ernst Vogel und seine Ehefrau Margarete, geborene Stünkel. Nach dem Besuch der Grund- und Mittelschule in Neustadt a/Rbge. bei Hannover und des humanistischen Gymnasiums in Dortmund bestand ich am 26. Februar 1958 am Staatlichen Gymnasium in Dortmund die Reifeprüfung.

In den folgenden Jahren studierte ich 1958/59 zwei Semester in Freiburg i.Br., 1959 ein Semester in Lausanne, 1960/61 ein Semester in München und von 1961 bis 1963 sechs Semester in Münster Rechtswissenschaft. Am 2. Februar 1963 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste und nach dem Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm und im Kammergerichtsbezirk Berlin am 1. Juni 1967 vor dem Landesjustizprüfungsamt Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Im Oktober 1967 trat ich als Regierungsassessor in die Bundesfinanzverwaltung ein.

